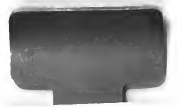

LI


· BIBLIOTECA ·
· LVCCHESI · PALLI ·
8 - III - 11



TRAITÉ

DES

PREUVES JUDICIAIRES.

DE L'IMPRIMERIE DE LACHEVARDIERE,
rue du Colombier, n° 30.

TRAITÉ

DES

PREUVES JUDICIAIRES,

OUVRAGE EXTRAIT DES MANUSCRITS

DE M. JÉRÉMIE BENTHAM,

JURISCONSULTE ANGLAIS,

PAR ÉT. DUMONT,

MEMBRE DU CONSEIL REPRÉSENTATIF ET SOUVERAIN DE GENÈVE.

SECONDE ÉDITION, REVUE ET AUGMENTÉE.

TOME SECOND.

Pondere non numero.



PARIS,

HECTOR BOSSANGE,

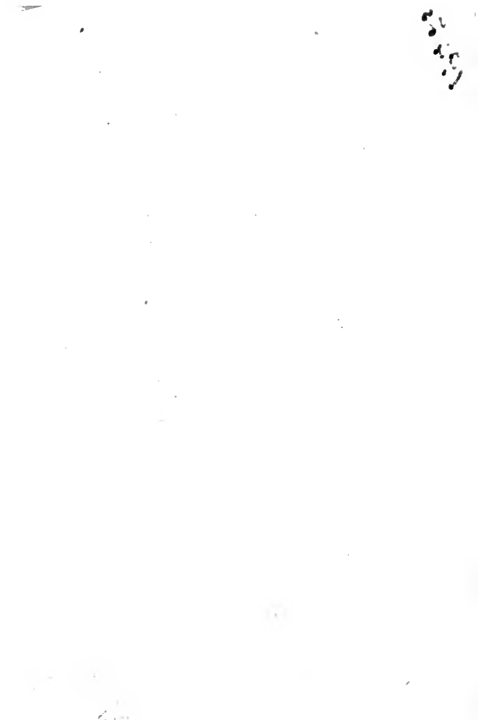
QUAI VOLTAIRE, N° 11;

LIBRAIRIE DES ÉTRANGERS,

RUE NEUVE-SAINT-AUGUSTIN, N. 55.

1830.





TRAITÉ

DES

PREUVES JUDICIAIRES.

LIVRE IV.

DES PREUVES INFÉRIEURES ADMISES FAUTE DE MIEUX OU COMME PIS ALLER.

CHAPITRE PREMIER.

Définitions et divisions.

Nous avons expliqué dans le livre précédent en quoi les preuves circonstancielles sont au-dessous des preuves directes. Leur infériorité consiste en ceci : le fait dont elles indiquent immédiatement l'existence n'est pas le fait principal (celui qu'on cherche à démontrer au juge), mais un autre fait qui, bien que distinct du fait principal, est tellement lié avec lui, qu'on peut le

considérer comme formant une preuve plus ou moins forte de l'existence de ce fait principal.

Nous passons maintenant à une autre classe de preuves, auxquelles nous attachons spécialement la dénomination caractéristique de *preuves inférieures*, à raison d'une infériorité beaucoup plus marquée. Cette infériorité consiste en ceci : le fait testimonial, c'est-à-dire le fait qu'on met en avant comme preuve est tel, qu'on ne saurait lui appliquer l'une ou l'autre des *sûretés* qui servent à garantir l'exactitude et la plénitude du témoignage. Dépourvu de ces sûretés, la force probante de ce fait est inférieure à celle des preuves qui peuvent les recevoir.

Malgré l'imperfection de ces moyens, on est souvent, faute de mieux, dans la nécessité d'y avoir recours. C'est un *pis aller* nécessaire, indispensable.

Ces preuves inférieures se rangent sous deux classes principales :

1° Preuves écrites extrajudiciaires;

2° Preuves non originales, ou transmises.

Leur vice commun, je le répète, consiste dans l'absence d'un des principes de sûreté : par exemple, l'interrogatoire croisé (soit *ex adverso*).

I. Preuves inférieures extrajudiciaires.

Elles admettent trois divisions :

1° Preuves casuellement écrites;

2° Preuves demi-préconstituées (soit *ex parte*);

3° Preuves d'emprunt, c'est-à-dire, transportées d'une cause dans une autre.

1. Lorsqu'on vient à employer en matière judiciaire les *lettres* d'un particulier ou ses *notes*, ou un *journal* qu'il tient pour son usage, les documents de cette nature peuvent être désignés par un nom commun, *preuves casuellement écrites*. Cette dénomination convient à de tels écrits, parcequ'en général ils ne sont pas faits dans l'intention de les faire servir en justice, et qu'ils ont quelque autre but spécial.

2. Je ne range pas sous la définition d'écritures casuelles les lettres commerciales et les livres de compte des maisons de commerce : ces écrits sont faits régulièrement, d'une manière uniforme, dans un but déterminé, et avec l'intention de pouvoir être appliqués éventuellement à servir de preuve : dès lors on peut les considérer comme une branche de la *preuve préconstituée*. Mais, d'un autre côté, il leur manque les qualités essentielles qui distinguent si éminemment les preuves de cette classe; ils ne sont pas faits conjointement par les deux parties intéressées; ils ne sont pas l'œuvre d'un officier public que sa situation élève au-dessus du soupçon de fraude. Il fallait trouver un terme qui exprimât cette différence,

et qui fit sentir d'abord l'infériorité de cette preuve. La dénomination de preuve *demi-préconstituée* représente assez bien sa nature et sa valeur.

3. Une preuve d'*emprunt* ou *transportée* est une preuve qui a été déjà établie juridiquement, mais établie dans une autre cause, d'où on la tire pour l'appliquer à la cause en question. Ce chef comprend, 1° témoignage *inter alios* : témoignage déjà exhibé juridiquement, mais dans une cause entre d'autres parties; 2° témoignage *alio in foro*: témoignage déjà exhibé juridiquement, mais dans un autre tribunal, soit entre les mêmes parties, soit entre des parties différentes.

Au premier coup d'œil, on serait porté à croire qu'une preuve acquise en une instance terminée par un jugement est d'une grande force ; mais il y a beaucoup de considérations qui l'infirment. Cette preuve empruntée d'une cause étrangère a-t-elle reçu toutes les garanties désirables? a-t-elle passé par toutes les épreuves? Elle peut avoir été soumise à l'interrogatoire, mais à un interrogatoire fait dans d'autres circonstances, par d'autres personnes, pour un autre but, et lorsqu'on n'avait pas les mêmes moyens d'information pour en scruter la vérité. Sa force probante peut encore être atténuée de degré en degré, selon toutes les imperfections possibles des divers sys-

tèmes de procédure. Quelle confiance aurait-on pu avoir dans une preuve empruntée d'une cause jugée par le tribunal de l'inquisition? Il est donc clair que ces preuves d'emprunt doivent être rangées dans la classe des preuves inférieures, quoique du plus au moins, et ne peuvent être employées que faute de mieux[1].

[1] L'admission de ce genre de preuve présente un danger contre lequel il faut se prémunir, celui de la collusion. Une des parties, dans la vue de créer une preuve trompeuse, propre à servir au procès actuel, aurait pu avoir un procès fictif avec une partie prétendue adverse qui n'aurait fait qu'une opposition simulée, à dessein de donner à la fausse preuve les apparences de la vérité. Supposons un cas : Jeanne Vernon, prétendant être mariée avec Jean Batard, mais prévoyant que son mariage sera contesté, trouve un ami complaisant qui lui intente une action pour dette, en la qualifiant de fille; elle lui oppose sa prétendue qualité de femme mariée, et, pour la soutenir, elle produit des témoins que la partie prétendue adverse se garde bien d'embarrasser par un examen trop rigide. Le vrai procès au sujet du fait du mariage commence. La preuve ci-dessus devrait-elle être admise? Si elle l'est, il faut que le prétendu mari ait le droit de faire examiner de nouveau les témoins qui ont déposé dans le premier procès. Mais si ces témoins étaient morts, ou hors de portée, quelle serait la valeur de leur déposition? Comme elle a passé sous les yeux du juge, par l'épreuve du serment, par celle d'un interrogatoire, elle est bien au-dessus d'un simple ouï-dire en forme de conversation; mais elle est bien inférieure à une preuve directe.

II. Preuves inoriginales (ou transmises).

Elles admettent cinq divisions :

1° Supposées orales, délivrées ou transmises oralement. — Ouï-dire ;

2° Supposées scripturales, délivrées scripturalement. — Copies ;

3° Supposées orales, délivrées par écrit ;

4° Supposées écrites, délivrées oralement ;

5° Supposées *réelles*, délivrées par un témoignage oral ou par écrit. — Rapport.

La preuve n'est pas originale *quant aux personnes*, lorsque le témoin déposant ne relate pas ce qu'il a vu ou entendu lui-même, mais ce qui lui a été communiqué par un autre.

La preuve n'est pas originale *quant aux écrits*, lorsque les caractères qu'on présente aux juges ne sont pas ceux qui ont été tracés pour la première fois quand le discours en question a été consigné dans la langue écrite, mais qu'ils en sont une copie. La preuve est encore moins originale quant aux écrits, lorsque le témoin déposant affirme simplement les avoir vus, et avoir fixé leur contenu dans sa mémoire.

La preuve n'est pas originale *quant aux choses*, lorsqu'on ne met pas sous les yeux du juge la chose même qu'on veut faire servir en caractère

de preuve, mais qu'il ne peut la connaître que par l'intermédiaire d'un témoin.

L'état du langage correspond à celui des idées. C'est en vain qu'on prétend ajouter au fonds des conceptions humaines, les rendre plus claires et plus correctes, si l'on craint le reproche de créer de nouveaux termes. Il faut qu'un sujet ait un nom avant qu'on puisse en faire l'objet d'une proposition affirmative ou négative.

Le langage usuel est en possession de deux termes, *ouï-dire* et *copie;* mais il manquait un terme plus général qui exprimât leur caractère commun d'infériorité. Ce terme plus général est celui de *preuve inoriginale.*

Dans tout témoignage inoriginal, il y a au moins deux personnes de qui dépend sa force probante : mais par ce doublement la force probante est affaiblie au lieu d'être augmentée.

Par la supposition, l'existence du témoin déposant est certaine : l'existence du témoin allégué est nécessairement une matière de doute.

Aussi, comme on a pu l'observer, l'épithète *supposé* entre dans la dénomination de chaque genre; elle en fait une partie nécessaire. Si on ne l'exprime pas toujours, il faut toujours la sous-entendre, sous peine de tomber dans une confusion continuelle.

Je ne crains pas de me répéter pour être plus

clair. Dans chaque déposition inoriginale, il y a deux points différents en question : l'un qui est *certain*, l'autre qui est *affirmé*. Ce qui est certain, c'est que A déclare telle chose devant le juge; ce qui est affirmé, c'est la chose même que A déclare.

Ce qui est affirmé par A peut être vrai ou faux. Titius dit, en présence du juge, « J'ai entendu Sempronius dire telle ou telle chose ; » mais Sempronius peut ne l'avoir pas dite, ou ne l'avoir pas dite exactement comme elle est rapportée. Ainsi l'épithète *supposée* est nécessaire pour se tenir en garde contre l'effet de la simple assertion.

Dans tous ces cas, le témoignage supposé original est censé avoir été donné extra-judiciellement : de là le danger de fraudes, d'omissions et d'inexactitudes.

III. Propriétés communes aux preuves inférieures.

Un mélange confus d'objets intellectuels n'offre aucune prise pour des propositions générales. Il faut les classer selon leur nature, et donner à chaque classe des dénominations appropriées avant de former des propositions vraies et susceptibles d'un usage pratique.

Nomenclature est classification. Quand une dénomination commune ne renferme que des assemblages d'idées bien assorties, on peut en parler

sans confusion, et appliquer aux objets renfermés sous cette dénomination des caractères généraux.

Nous en sommes arrivés à ce point, par cette classification des preuves inférieures : nous aurons bientôt à nous occuper de leurs différences, c'est-à-dire, du plus ou moins de leur force probante ; mais nous sommes déjà en état de signaler leurs propriétés communes, et de les énoncer dans des propositions distinctes.

1° La vérité de l'information qu'elles renferment n'a pas reçu, et ne peut pas recevoir les mêmes garanties que la preuve directe.

2° Chacune d'elles est exposée à devenir l'instrument d'une fraude caractéristique, c'est-à-dire particulière à chaque espèce de ces preuves.

3° Cette fraude consiste à rendre un faux témoignage, avec la certitude qu'on ne peut lui appliquer les épreuves qui font la sûreté du témoignage direct.

4° Le danger de la fraude n'est pas le seul. Ce genre de témoignage est exposé à être incorrect et incomplet, au point de pouvoir produire, sans mauvaise foi, les mêmes conséquences que la fraude.

5° Ces preuves sont toujours des indices de l'existence passée ou présente de preuves régulières qu'on peut ou qu'on aurait pu obtenir en bonne forme.

6° Il faut donc les exclure toutes les fois qu'il est possible d'arriver à des preuves supérieures, sans quelque inconvénient prépondérant.

7° La connaissance de toutes les causes d'infériorité qui affectent ces preuves peut diminuer jusqu'à un certain point le danger de les admettre. Nous verrons, dans le dernier chapitre de ce livre, les sauvegardes par lesquelles on peut réduire ce danger à son moindre terme.

CHAPITRE II.

Des présomptions antéjudiciaires, entre demandeur et défendeur, entre accusateur et accusé [1].

Avant qu'on entre dans l'examen d'une cause, il y a des présomptions pour et contre dont un juge ne peut ni ne doit se défendre. Ces présomptions étant vagues et générales, ont peu de force, mais elles peuvent servir à guider dans l'obscurité jusqu'à ce qu'on ait obtenu les preuves particulières, ou à faire pencher la balance, lorsqu'on est dans le doute, entre des preuves contradictoires.

I. Entre le demandeur et le défendeur, la présomption doit être en faveur du premier, au préjudice du second.

Les probabilités sont en faveur du premier, parce qu'il vient de son propre mouvement soumettre son droit à la décision de la justice : le défendeur ne le fait que malgré lui. Les cas où le premier peut avoir intérêt à plaider contre sa propre conviction doivent être rares : mais le défendeur, qu'il ait tort ou raison, a toujours,

[1] Cet article, inséré dans les *Annales de législation*, y fut accompagné des notes que nous avons transcrites.

ou presque toujours, un intérêt manifeste à plaider, parceque les divers évènements d'une plaidoirie lui offrent des chances de gain, et que, s'il perd sa cause, il est au même point que s'il l'eût abandonnée sans plaider.

Combien de lésions de propriété, combien d'injustices et même assez grandes, ne souffre-t-on pas avant de courir les hasards d'un procès! combien ne fait-on pas de sacrifices pour s'épargner les embarras, les ennuis, la perte de temps, et des frais qui ne sont jamais compensés! Il faut donc bien des motifs de confiance pour surmonter cette répugnance naturelle; et ces motifs forment un préjugé naturel en faveur de celui qui s'adresse au juge. Il n'y a rien de pareil de la part du défendeur.

A la suite de cette présomption, voyons les faits. Comparons les issues des procès. Les causes gagnées par les demandeurs sont dans une proportion bien supérieure à celles des causes gagnées par les défendeurs[1]: et cependant les pre-

[1] Le fait est vrai quand on l'envisage dans toute sa généralité, tel qu'il est annoncé par l'auteur de l'article.

Mais si l'on classe les différents procès, par exemple, si l'on distingue les procès par action réelle de ceux par action personnelle, et si l'on subdivise ces deux grandes classes en plusieurs espèces, on trouvera peut-être qu'elles n'offrent pas toutes le même résultat. Dans les procès de revendica-

miers, dans nos divers systèmes de procédure, sont dans une position bien plus désavantageuse que leurs adversaires; ils ont contre eux toutes

tion, de servitude, le nombre des demandeurs sans titre suffisant est peut-être égal à celui des défendeurs opiniâtres. Dans ceux au contraire où il ne s'agit que d'exiger une créance, espèce de procès très nombreuse, les causes gagnées par les demandeurs sont assurément dans une proportion très supérieure à celle des causes gagnées par les défendeurs.

Ceci a une raison. Les procès de la première classe offrent souvent des questions de droit très épineuses; souvent les parties n'y sont pour rien; ce sont des hommes de loi qui poussent l'une d'elles à l'attaque, et qui engagent l'autre à défendre le terrain. Les sentiments personnels des parties cèdent la place aux vanités du barreau. Si les plaideurs viennent à prendre eux-mêmes une part très vive dans la question, c'est qu'alors il s'agit pour eux d'un intérêt majeur, ou bien que la pique s'en mêle, comme cela arrive souvent dans les questions de servitude. Mais dans ce cas les demandeurs et les défendeurs sont sujets au même aveuglement.

Il n'est pas rare non plus de voir des pauvres armés de vieux papiers, assiéger successivement et avec importunité le cabinet de plusieurs jurisconsultes dans l'espoir d'en trouver un avec lequel ils puissent enfin partager les dépouilles d'un riche propriétaire. Je ne les accuse pas de mauvaise foi; le besoin et l'ignorance sont le plus souvent le premier mobile de ces procès. Le tort est tout entier à ces parrains officieux qui ne trouvent aucune demande judiciaire indigne d'être présentée aux tribunaux.

Enfin il faut remarquer que l'issue de ces procès, ordinairement compliqués de questions de droit, n'altère point

les nullités, tous les défauts de forme, et d'autres obstacles qui n'existeraient point dans une procédure perfectionnée.

la position morale et sociale des plaideurs. La mauvaise foi ne paraît guère. Le public ne comprend pas la question. Les motifs du jugement, surtout de la manière dont on les rédige ordinairement, étant eux-mêmes au-dessus de l'intelligence commune, le plaideur qui succombe trouve dans l'amour-propre de chaque individu une excuse qui va au-devant de lui.

Les choses étant ainsi à peu près égales des deux côtés, l'issue de ces procès est très souvent favorable aux défendeurs pour des raisons indépendantes des sentiments personnels des parties. Les défendeurs n'eussent-ils en leur faveur que la grande difficulté qu'éprouvent les demandeurs à donner une preuve complète de toutes les conditions requises pour une revendication, l'exception de la prescription, et le respect attaché à la possession, cela seul suffirait pour faire pencher la balance de leur côté.

Il n'en est pas de même d'un très grand nombre de procès par action personnelle. Très souvent la mauvaise foi de l'une des parties peut y paraître au grand jour. L'homme qui ose se livrer témérairement à un procès de ce genre, joue de sa réputation, et le jeu se fait cartes sur table. Le public comprend la question, et s'il n'excuse pas le défendeur qui, aveuglé par les embarras de sa position, trouve des prétextes pour retarder l'acquittement de ses obligations, il est bien plus sévère pour le demandeur éhonté qui ose troubler la paix d'une famille, et jeter le doute sur la réputation d'un honnête homme en le représentant comme un débiteur qui nie sa dette. Dans ces procès une défense injuste peut être

Je n'ignore pas que beaucoup d'hommes de loi penchent vers le préjugé contraire. Il y a une illusion qui les trompe. Un défendeur se présente à l'esprit comme un homme attaqué dans son droit de possession : et le préjugé doit être en faveur des possesseurs, parceque le nombre des possesseurs légitimes est infiniment plus grand que celui des possesseurs illégitimes. Mais ce n'est pas là l'état de la question. Il s'agit de savoir si,

regardée comme l'œuvre du malheur; une attaque injuste a le caractère d'un tentative de vol.

Les hommes ne se précipitent pas dans une arène si dangereuse. Ceux-là même qui ne redoutent point d'employer des manœuvres coupables contre le bien d'autrui, ne choisissent pas pour instrument le tribunal; ils savent que cette arme peut les blesser eux-mêmes. Les hommes de loi sont aussi beaucoup plus réservés dans les procès de ce genre, qui se prêtent peu aux sophismes et à l'abus de la science.

Aussi, dans cette classe de procès, le nombre des défenses injustes surpasse-t-il de beaucoup celui des attaques téméraires. Et comme cette classe de procès est sans comparaison la plus nombreuse, la proposition générale de l'auteur se trouve conforme à la vérité.

Au reste, elle peut être modifiée selon les divers systèmes de législation sur les preuves. Dans les pays où la preuve authentique ou du moins la preuve écrite est exigée pour la validité d'un grand nombre d'actes ou d'obligations, la proposition de l'auteur n'en sera que plus incontestable. Les défendeurs y sont presque toujours réduits à attaquer ou à éluder leurs propres actes. P. Rossi.

parmi les possessions contestées, le nombre des contestations justes ne l'emporte pas de beaucoup sur les injustes, et il est évident qu'il doit l'emporter; car pour entreprendre de disputer en justice réglée la légitimité d'une possession, il faut y découvrir quelque endroit faible qui la fait sortir du cas des possessions ordinaires.

Le préjugé contre les demandeurs a généralement prévalu dans le monde : et la cause en est facile à trouver. Plus la procédure a été abusive et vexatoire, plus on a redouté les procès. Mais un homme ne peut être engagé malgré lui dans cette carrière épineuse que par un demandeur. Ainsi la terreur des procès, fondée sur les vices de la procédure, a jeté une très grande défaveur et même une sorte d'odieux sur ce caractère. Au lieu de s'en prendre aux hommes de loi qui ont couvert de ronces les approches de la justice, les gens du monde toujours insouciants se sont vengés sur ceux qui aiment mieux plaider que souffrir. Le citoyen qui a souffert une première injustice risque, s'il veut en avoir raison, d'en souffrir une seconde dans l'estime de ses concitoyens. L'opinion publique est toute prête à se ranger du côté de l'oppresseur qui demeure tranquille, contre l'opprimé qui trouble sa jouissance et qui fait du bruit.

Ce préjugé, faux et cruel, n'a eu que trop d'in-

fluence sur les législateurs eux-mêmes. Il a donné naissance au plus mauvais des impôts possibles, aux impôts sur les actes judiciaires. Le motif est de décourager l'esprit litigieux, l'effet est de favoriser l'injustice.

Il ne faut point se jeter d'une exagération dans une autre; tout ce que j'ai dit se borne à ce point: la vexation est plus souvent du côté du défendeur que du demandeur. Ce résultat se prouve par la nature des choses et par la comparaison des causes perdues ou gagnées [1].

[1] Les lecteurs occupés de pratique se demanderont peut-être sur quelle partie du procès et de quelle manière peut influer cette présomption. Peut-elle influer sur les jugements? sur les jugements contradictoires? sur les jugements par défaut?

Elle ne doit point influer sur les jugements contradictoires. Les vieux adages, *actore non probante reus absolvitur, beati possessores*, ne doivent pas être affaiblis par cette présomption. On dira peut-être qu'ils ne sont eux-mêmes que des présomptions, car l'impossibilité de fournir une preuve suffisante de la part du demandeur n'est pas une démonstration positive du bon droit du défendeur.

Mais la présomption alléguée par l'auteur tient plus particulièrement aux intérêts individuels; les présomptions que nous venons de rappeler tiennent plus à l'intérêt social. Qu'il soit reconnu que le juge, en cas de preuve incomplète de la part du demandeur, n'en dépouillera pas moins le défendeur, en vertu d'une présomption générale; l'alarme sera bientôt répandue dans tout le corps social, et le droit de

II. En matière pénale, et surtout en matière grave, la présomption doit être en faveur de l'innocence, ou du moins on doit agir comme si cette présomption était établie.

Comment concilier cette présomption avec la précédente? Dès qu'il y a accusation, il y a délit de la part de l'accusateur ou de la part de l'ac-

propriété menacé dans son existence. Qu'on repousse au contraire le demandeur; il n'y a point d'alarme trop fâcheuse. Qui alarme-t-on? tous les demandeurs? non; mais uniquement ceux qui n'ont pas des preuves suffisantes de leur droit, qui probablement ne sont pas eux-mêmes bien sûrs de la justice de leur demande, et qui veulent, avec une légèreté coupable, troubler la paix et la sûreté des familles.

Ces vérités paraîtront bien triviales : à quoi bon les rappeler? qui s'est jamais avisé de les combattre? Un grand nombre de praticiens, sans s'en douter peut-être, mais cependant d'une manière bien évidente. Lorsque dans le barreau de quelques pays on soutenait que dans les questions fidéicommissaires, en cas de doute il fallait répondre en faveur du fidéicommis, quand même le prétendu substitué était demandeur en cause, n'était-ce pas dire qu'il fallait répondre contre le principe *actore non probante reus absolvitur?* N'était-ce pas une application, partielle à la vérité, mais positive, de la maxime qu'en cas de doute il faut adjuger l'objet contesté au demandeur? Ce n'était pas, je le sais, le principe dirigeant de ces praticiens qui ne voyaient dans leur théorie qu'une faveur accordée aux institutions fidéicommissaires, mais tel était cependant le résultat de leur doctrine. Si les effets n'en ont pas été excessivement fâcheux, il faut l'attribuer soit au bon sens des juges, qui ne se laissent

cusé : mais, à parler en général, il n'y a point de crime si rare que la fause accusation de ce crime ne le soit encore davantage.

Il faut faire ici une distinction. Si la supposition de l'innocence de l'accusé peut se concilier avec la supposition de bonne foi de la part de

pas toujours entraîner par le verbiage des juristes, soit à ce que l'application de la maxime ne s'étendait qu'à une seule classe de procès.

En général les tribunaux ne sauraient être assez sur leurs gardes dès qu'il s'agit d'appliquer une présomption générale comme moyen de trancher une question. Certes, même les présomptions peuvent être des éléments de conviction, surtout lorsqu'elles sont particulières au cas controversé, lorsqu'elles sortent, pour ainsi dire, des entrailles de la cause. Mais une présomption générale du genre de celle qui est indiquée par l'auteur ne doit être accueillie qu'avec la plus grande réserve. Si on l'exagère, on la dénature; car les plaideurs profitant de cet abus, les demandes injustes se multiplient, la présomption perd par cela même toute son efficacité, et cependant elle entre dans la balance des motifs qui déterminent le jugement comme si elle n'avait rien perdu de son poids. De cette manière on produit un effet directement contraire à celui qu'on avait en vue.

Ces réflexions ne s'appliquent point aux présomptions établies par la loi comme moyens décisifs et péremptoires. Ce sont alors des règles de droit positif; elles expriment le choix fait entre divers inconvénients. C'est au législateur à peser les motifs pour et contre : dès qu'il a prononcé, les juges n'ont qu'à appliquer les règles établies. Elles sont pour lui des vérités générales mais positives. *Pater est quem nuptiæ*

l'accusateur, la présomption doit être en faveur de l'accusé. On doit croire plus facilement à la témérité, à l'erreur et à la passion, qu'on ne doit croire au crime, et surtout à des crimes graves. La présomption contre l'accusation est encore plus forte dans les cas où il s'agit de faits qui

demonstrant. L'homme privé peut, dans certains cas, accueillir le doute; pour le juge, il n'y en a point.

De même le législateur peut avec raison transformer en une règle positive la présomption expliquée par l'auteur, dès qu'il s'agit de jugement par défaut. En effet, si on en excepte quelques cas particuliers, le demandeur ne peut pas compter d'avance sur le silence de la partie adverse, et hasarder ainsi une demande téméraire. Le défendeur, de son côté, ne paraissant point, ajoute à la présomption générale en faveur des demandeurs une présomption spéciale pour le cas dont il s'agit. Enfin les effets des jugements par défaut ne sont pas sans remède. Ces considérations justifient pleinement la loi de procédure genevoise, qui (art. 130), en cas de défaut du défendeur, adjuge au demandeur ses conclusions, sans exiger, ainsi que l'exige le code de procédure criminelle français, qu'elles *se trouvent justes et bien vérifiées.* Il suffit qu'elles ne soient pas détruites par les documents produits ni par les faits articulés dans la demande. L'*Exposé des motifs*, par M. le professeur Bellot, ne laisse rien à désirer. *Voyez* page 99.

Mais c'est surtout dans la procédure que la présomption en faveur des demandeurs peut trouver des applications. Elle ne doit pas servir à leur accorder définitivement ce qu'ils ne prouvent pas leur appartenir; elle peut engager à leur faciliter, sous certains rapports, les moyens d'atteindre

tiennent à l'esprit de parti, à l'esprit de secte, à des opinions religieuses ou à de fausses notions populaires. Combien de prétendus délits dans lesquels il y a eu un nombre infini d'accusés, sans qu'il pût y avoir un seul coupable! le sortilége par exemple?

La présomption serait bien forte en faveur des accusés, si l'on jugeait d'après ce qui se passe dans le cours ordinaire des conversations: ici les accusations fausses sont bien plus fréquentes que les vraies. Mais quelle différence n'y a-t-il pas entre ces médisances qui roulent sur des peccadilles, et des accusations juridiques qui portent sur des matières graves? Dans un de ces cas on avance témérairement des faits et des conjectures, parcequ'on n'est responsable de rien et qu'on y

un but auquel il est assez probable qu'ils ont le droit de parvenir.

Ainsi l'auteur a eu raison de signaler comme un abus criant l'exagération des taxes judiciaires. C'est hérisser d'écueils l'entrée du port pour ceux qui probablement n'en sont éloignés que par l'effet de l'injustice.

La présomption développée par l'auteur peut aussi justifier les diverses mesures provisionnelles et les garanties qu'on a introduites ou qu'on pourrait introduire en faveur du demandeur. Comme sa demande se présente dès le premier abord avec une probabilité de justice, il est équitable de ne pas exposer son auteur à se lancer en pure perte dans l'arène judiciaire. P. Rossi.

attache peu d'importance; on décide à l'aventure, par vanité, par paresse, par légèreté. Mais s'agit-il d'une déposition en justice, ôtez les séductions de l'intérêt et de la passion, les témoins les plus légers deviennent scrupuleux; ils sentent que leur honneur est compromis, et qu'un faux témoignage les expose à des suites sérieuses.

Mais en accordant que, dans les cas les plus communs, la présomption est contre l'accusé, il n'en est pas moins vrai qu'il faut agir comme si la présomption était établie en sa faveur, et, en conséquence, le juge doit avoir pour maxime qu'il vaut mieux laisser échapper un coupable que de condamner un innocent; ou, en d'autres termes, il doit être beaucoup plus sur ses gardes contre l'injustice qui condamne que contre l'injustice qui absout. L'une et l'autre est un grand mal, mais le mal le plus grand est celui dont il résulte la plus grande alarme; or chacun sait qu'il n'y a point de comparaison à faire entre les deux cas. A parler en général, une absolution trop facile n'excite de regret et d'inquiétude que parmi ceux qui réfléchissent, tandis que la condamnation d'un accusé qui dans la suite est reconnu innocent, répand un effroi général; toute sûreté semble détruite : on ne sait plus où trouver de sauve-garde lorsque l'innocence ne suffit plus.

C'est peut-être ici un de ces cas où l'imagina-

tion prend la place de la raison : l'alarme est au-dessus du danger, c'est-à-dire que le danger apparent est plus grand que le danger réel. Dans le fait le danger qui résulte de l'absolution d'un coupable est peut-être plus grand que celui qui résulte de la condamnation d'un innocent, mais il n'est pas si apparent, si universellement reconnu. Qu'un voleur soit absous, l'effet presque certain de ce jugement sera de produire de nouveaux vols. Qu'un innocent accusé de vol soit condamné, il n'en résulte pas que d'autres innocents seront condamnés pour la même cause. Qu'on suppose les juges les plus durs, la condamnation d'un innocent en pareil cas est un malheur isolé qui ne tend pas à produire des malheurs du même genre [1].

[1] « A parler en général, il n'y a point de crime si rare que » la fausse accusation de ce crime ne le soit encore davan- » tage. »

Cette proposition générale de l'auteur ne saurait être contestée. L'accusé a sûrement une présomption en sa faveur, car le crime est une exception dans la société. Mais une accusation calomnieuse est aussi un crime, un crime des plus graves et des plus odieux. Ainsi, en thèse générale, la présomption d'innocence milite également pour l'accusateur et pour l'accusé, et s'il y a une différence, on peut dire qu'elle est peut-être en faveur du premier, qui a un nombre plus restreint de causes impulsives au délit, qui, au lieu de pouvoir le commettre dans l'ombre, doit s'exposer aux yeux du

Mais on doit considérer d'un autre côté que le mal d'une peine injuste pour le délit de vol surpasse de beaucoup le mal qu'on aurait à souffrir

public, qui enfin, lors même qu'il ne serait pas calomniateur, serait en butte à la défaveur que nos mœurs attachent au rôle d'accusateur.

L'auteur modifie sa proposition pour les cas où l'innocence de l'accusé peut se concilier avec la bonne foi de l'accusateur. Je vais plus loin; je crois que sa proposition, vraie dans les pays où, comme chez les Grecs et les Romains des temps anciens, existerait la véritable accusation, est presque sans application possible de nos jours. Je crois que nous devons nous en tenir à la présomption en faveur de l'accusé, non seulement par une concession faite en vue de la grande alarme qu'excite la condamnation d'un innocent, mais par la nature même des choses, non telles qu'elles devraient être, mais telles qu'elles sont.

L'auteur parle de ces prétendus délits dont il ne peut pas y avoir un seul coupable; il rappelle les fausses notions populaires, l'esprit de parti, l'esprit de secte, le fanatisme, ces fléaux de l'innocence qui ont fait mille fois frémir l'humanité. Une partie de ces horreurs a disparu pour toujours. On ne brûle plus de sorciers, et il faut espérer qu'on ne célèbrera plus de noces royales par le spectacle d'un *auto-da-fé*. Mais qu'on se rappelle le système politico-judiciaire qui règne encore dans le continent presque entier, et qu'on dise ensuite quel est l'homme qui oserait rejeter la présomption en faveur des accusés.

J'ouvre les codes, les édits, les ordonnances de nos jours; je n'y trouve plus de sortilége honoré du titre de crime. Mais n'y a-t-il plus de délits imaginaires? n'y a-t-il plus de délits,

par les vols renouvelés du voleur absous. Ainsi l'alarme de la peine est plus grande que l'alarme du délit ; et par conséquent le danger d'être puni

je ne dis pas non définis, mais indéfinissables? n'y a-t-il point de délits définis sans les connaître, définis, non pour frapper, mais pour créer des coupables; non pour prévenir, mais pour engendrer le crime? de délits définis en transformant un mot en un fait, et ce prétendu fait en un crime?

Les accusateurs, ai-je dit, ont aussi en leur faveur la présomption d'innocence; mais cela n'est vrai que pour ceux que le crime de calomnie exposerait à toutes les suites de la sanction non seulement morale, mais pénale contre les calomniateurs.

Ces bandes de délateurs qui parcourent l'Europe dans tous les sens, enveloppés dans les ombres du mystère et de l'infamie, et qui doivent vivre de leur métier, paraissent-ils aux yeux du public? courent-ils quelque danger lorsqu'ils placent sur le chemin de l'échafaud un citoyen?

Tous ces chefs de police, tous ces accusateurs publics qui ont de belles places à conserver, des promotions à espérer, des destitutions à craindre lorsqu'ils reçoivent la victime des mains invisibles de l'espion, qu'ils la plongent dans un cachot, qu'ils la laissent y gémir des mois et des années, qu'ils la traînent enfin devant un tribunal, qu'avant même de l'entendre ils l'accablent sous le poids de leur éloquence, de leur pouvoir, de leur dignité extérieure; qu'ont-ils à redouter si, par un heureux hasard, l'innocence de la victime est proclamée? rien.

Et là où les jugements sont secrets, là où le mystère le plus profond couvre la procédure tout entière, là où l'on refuse aux accusés jusqu'au faible secours d'un défenseur,

étant innocent paraîtra toujours plus grand que celui de souffrir par l'absolution des coupables.

Ainsi, quoiqu'un juge eût formé dans son esprit une présomption interne contre les accusés, il ne doit pas hésiter à agir d'après la présomption de leur innocence, et dans le doute envisager l'erreur qui absout comme plus justifiable

là où rien n'existe pour garantir le prévenu des piéges, des violences, des menaces et de tous les abus du pouvoir irrité, quelle présomption peut militer en faveur de l'accusation! C'est là qu'il n'y a point d'exagération lorsqu'on dit aux juges : Descendez dans vos consciences, et, dussiez-vous délivrer des coupables, ne mettez point en danger l'innocence. Qu'on mette tout le mode de procédure criminelle en harmonie avec la civilisation et les mœurs; qu'on apprenne à être doux et humain, non seulement dans les salons, mais aussi dans les tribunaux; et surtout que l'on cesse de se cacher aux yeux du public en administrant la justice, comme si l'on commettait un crime et une action honteuse, et alors, mais alors seulement, les écrivains n'auront plus le droit d'élever le plus haut possible la présomption en faveur des accusés.

Alors seulement on pourra dire avec l'auteur « que la » condamnation d'un innocent est un malheur isolé qui ne » tend pas à produire des malheurs du même genre. » L'auteur n'a évidemment en vue que le système judiciaire anglais. En effet lorsqu'un bon instrument est placé entre les mains d'un habile ouvrier, on ne doit pas s'alarmer si, par un hasard malheureux, il en sort une pièce de mauvais travail. Mais supposez l'instrument détestable, pour ne pas parler des ouvriers, que peut-on en attendre? P. Rossi.

ou moins contraire au bien de la société que l'erreur qui condamne. En écoutant la voix de l'humanité il ne fait que suivre celle de la raison.

Mais il faut se défier des exagérations sentimentales qui tendent à donner l'impunité au crime, sous prétexte d'établir la sûreté de l'innocence. Les applaudissements du public ont été, pour ainsi dire, mis à l'enchère. D'abord on avait dit qu'il valait mieux sauver plusieurs coupables que de condamner un seul innocent; un autre, pour rendre la maxime plus frappante, avait assigné le nombre *dix;* un autre a décuplé cette dizaine; un autre l'a centuplée. Tous ces candidats pour le prix de l'humanité ont été laissés en arrière par je ne sais combien d'écrivains qui veulent qu'en aucun cas on ne puisse condamner un accusé, à moins d'une certitude mathématique ou absolue. D'après cette maxime, pour ne pas punir un innocent, on ne devrait punir personne[1].

[1] A mesure que le système judiciaire se perfectionnera, et que la doctrine de la conviction intime se répandra dans le continent, et y remplacera le système absurde du tarif des preuves, toutes ces exagérations disparaîtront d'elles-mêmes. Elles étaient des remèdes extrêmes pour des maux également extrêmes. A des condamnations légèrement prononcées sur de prétendues preuves légales, les amis de l'humanité opposaient le besoin d'une preuve qui approchât de la certitude

mathématique. A des lois qui, dans certains pays du moins, permettaient aux tribunaux d'appliquer une peine *extraordinaire* à des prévenus contre lesquels on n'avait point ce qu'on appelait une preuve *pleine*, ils opposaient la maxime qu'il vaut mieux absoudre mille coupables que de faire souffrir un mal quelconque à des hommes dont, par l'aveu du tribunal lui-même, la culpabilité n'était point suffisamment établie.

En entendant ces maximes, souvent les juges, même les plus irréprochables, haussaient les épaules, parceque dans ces condamnations ce n'était pas la conviction de la culpabilité qui leur manquait, mais seulement la quantité de preuves légales prescrite dans le tarif.

Que de cruautés et d'injustices a produites cette fausse manière d'envisager le système des preuves! cette idée absurde d'exiger une conviction pour ainsi dire matérielle existante hors de la conscience du magistrat, et cependant suffisante pour entraîner la condamnation! La torture est une conséquence qu'on pourrait presque appeler légitime de ce système. Si l'aveu du coupable est nécessaire pour le condamner, il faut bien accorder des moyens pour l'obtenir. Qu'on ne s'étonne pas de nous voir revenir sur ces absurdités du moyen âge. Elles obscurcissent encore l'entendement de magistrats d'ailleurs très intègres et très respectables, qui persistent à ordonner la torture, c'est-à-dire à commettre un véritable crime aux yeux de la morale, et cela pour l'acquit de leur conscience. « Comment oserais-je faire tomber la tête » d'un citoyen qui aurait persévéré à nier le crime? » Ce citoyen, par la crainte ou par les douleurs de la question, avoue; alors la conscience du magistrat se tranquillise, et il fait exécuter sa sentence. Pauvre raison humaine!

Mais, dans ces pays-là, lorsqu'un jour ou un autre le système des preuves légales sera ébranlé, il y a tout à craindre

qu'on ne tombe dans l'excès opposé, qu'on ne croie pouvoir substituer l'opinion de l'homme privé à la conviction du magistrat; conviction qui ne doit résulter que de l'ensemble des faits recueillis dans la procédure et au débat, selon les formes prescrites par la loi.

La saine doctrine sur le système de la conviction intime se retrouverait tout entière dans un bon commentaire ff. 3 du Digeste, tit. *de testibus*, et en particulier de ce rescrit de l'empereur Adrien : « *Quæ argumenta ad quem modum » probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis » definiri potest : sicut, non semper, ita sæpe, sine publicis » monumentis cujusque rei veritas deprehenditur, alias nu- » merus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti » consentiens fama, confirmat rei, de qua quæritur, fidem.* » Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim : non » utique ad unam probationis speciem cognitionem statim » alligari debere, sed ex sententia animi tui te æstimare » oportere quid aut credas, aut parum probatum tibi opina- » ris. » Que ceux qui redoutent l'esprit innovateur veuillent bien observer que c'était ainsi que parlait un empereur il y a dix-sept cents ans environ. P. Rossi.

CHAPITRE III.

Des écritures casuelles; règles à suivre pour leur admission.

Qu'est-ce qu'une preuve écrite? C'est une assertion, quelle qu'elle soit, exprimée par les caractères visibles et permanents du langage.

La preuve écrite n'est donc que la preuve orale présentée d'une autre manière, adressée à un autre sens. L'art d'écrire n'est que l'art

De peindre la parole et de parler aux yeux,

En comparant le témoignage écrit et le témoignage oral, il est aisé de sentir qu'en général celui-ci possède une grande supériorité. Nous avons vu ailleurs combien il était utile de confronter les témoins, de les mettre aux prises les uns avec les autres, de les presser par des questions subites, de surprendre la vérité par des aveux presque involontaires, et de réveiller dans les témoins tous les motifs tutélaires par la solennité dont on les entoure. Or tout cela manque dans la preuve écrite. Prenez un témoin qui ne

puisse entendre aucune question, qui ne puisse donner aucun éclaircissement ultérieur à sa première déclaration, qui ait le visage voilé, de manière que vous ne puissiez juger de sa pensée par aucun signe extérieur; la déposition de ce témoin, sourd, aveugle, muet, sera précisément de la même valeur que celle de la preuve écrite.

Ceci ne s'applique pas à cette espèce de preuve écrite que nous avons appelée *preuve préconstituée;* les contrats, par des raisons particulières que nous n'avons pas besoin de répéter ici, sont des documents écrits qui ont autant de force que la preuve orale : cela tient aux formalités dont ils ont été revêtus.

Que si, au sujet d'une preuve écrite extrajudiciaire, on peut interroger celui qui en est présenté comme l'auteur, la preuve écrite rentre alors dans la preuve orale.

Les écritures casuelles (lettres privées, notes, journaux d'un individu pour lui servir de mémorandum) sont sujettes à une fraude caractéristique qui peut se décrire comme suit.

Avec la certitude de n'encourir aucune peine, pas même celle de la honte, puisqu'il n'y a point d'interrogatoire à subir, un individu fabrique un écrit de ce genre, contenant un exposé faux en tout ou en partie, et l'adapte de son mieux à l'in-

tention qu'il a d'en faire un instrument de déception [1].

Un écrit casuel étant en question, il faut d'abord savoir quelle est la personne qui parle dans cet écrit. Est-ce un témoin externe ou la partie qui est en cause ?

Si c'est une des parties, à l'instance de laquelle est-il demandé? est-ce à l'instance de celle qui en est l'auteur ou de son adversaire ?

La convenance d'admettre la preuve dépendra de cette relation qui existe entre l'écrit et la personne qui en demande la production. Offert par celui qui l'a fait et dans son intérêt propre, il est plus suspect; demandé par la partie adverse, les raisons de suspicion ne sont pas les mêmes.

Premier cas : l'écrit en question est attribué à une personne étrangère à la cause.

Règle I. Ne l'admettez point.

Pourquoi le refuser? Parce qu'en l'excluant vous ne perdez aucune source d'information. L'auteur de l'écrit, par la supposition, peut être appelé et interrogé; et puisqu'on peut avoir son témoignage accompagné de toutes les sûretés or-

[1] *Objection.* Si l'écrit en question est fait dans un tel dessein, l'épithète d'*écrit casuel* ne peut plus lui convenir.

Réponse. La dénomination donnée à cette espèce de preuve est tirée de la nature ordinaire de ces écrits et non des cas particuliers de fraude, qui font exception.

dinaires, il n'y a point de raison pour l'admettre sous cette forme inférieure.

Règle II. Toutefois admettez la preuve dans les deux cas suivants : 1° celui à qui on attribue l'écrit se trouve dans une situation qui rend l'interrogatoire oral impraticable à son égard, comme en cas de décès, d'infirmité ou d'éloignement.

2° Celui à qui on attribue l'écrit ayant été appelé et interrogé, une des parties demande que l'écrit même soit produit, ou pour confirmer la déposition orale, ou pour l'infirmer, l'objet étant de montrer qu'à l'époque où l'écrit a été fait, l'exposé qu'il renferme était en concordance ou discordance avec le témoignage qu'on vient d'entendre.

Demande. Pourquoi admettre une preuve si sujette à être inexacte et incomplète ?

Réponse. Si on l'exclut, il peut en résulter la perte d'une information inobtenable par toute autre voie. Cette information était-elle nécessaire à l'une des parties, l'exclure c'est entraîner une décision contraire au bon droit. Le mal de ce côté est certain, tandis que le mal du côté de l'admission est à peine probable. La preuve, toute suspecte qu'elle est, peut donc être admise, par la même raison qui fait admettre toutes les preuves circonstancielles, quelque faibles qu'elles soient.

Le juge aura à examiner si, au moment où l'écrit en question a été fait, son auteur n'était pas sous l'influence de quelque intérêt pécuniaire ou autre motif personnel; si, par quelque lien de dépendance ou d'affection, il ne tenait pas à la partie en faveur de laquelle l'écrit est produit. C'est là, en y joignant la somme du profit, ce qui rend la fraude plus ou moins probable [1].

Second cas. L'auteur de l'écrit en question est partie dans la cause; celui qui demande que l'écrit soit produit est la partie adverse.

[1] Je prendrai un exemple, non dans un écrit casuel, mais dans un genre d'écrits d'une crédibilité supérieure. Un teneur de livres porte plusieurs articles à la charge d'un des chalands de son maître, sachant que ce chaland ne les a ni reçus ni ordonnés. Le teneur de livres, s'étant expatrié, ne peut plus être appelé en justice. L'expatriation n'a-t-elle point eu pour motif de mettre ce profit dans la bourse de son maître? — Observez ce dilemme : Si la demande est faite peu de temps après la fabrication de la preuve, l'expatriation doit avoir lieu dans le même temps, et la non-comparution du teneur de livres opèrera comme preuve circonstancielle pour probabiliser la fraude. Si la demande n'est faite que long-temps après, ce délai opère comme preuve circonstancielle dans le même sens. — Ajoutez que ces deux circonstances, qui déprobabilisent la demande, sont appuyées par le témoignage direct de la partie attaquée; et, à sa requête, ce n'est pas seulement ce livre de comptes qui doit être produit, mais encore tous les autres livres du marchand d'où l'on peut tirer quelques indices.

Règle III. Admettez l'écrit, sous condition toutefois que la partie le reconnaissant comme sien aura la liberté de l'expliquer.

D. Pourquoi admettre une preuve sujette à tromper en tant qu'inexacte et incomplète?

R. La partie adverse demandant la production de l'écrit, il est clair que dans son opinion il doit opérer contre celui qui le fournit; c'est un aveu, c'est un article de preuve confessoriale: et par conséquent elle est la plus forte de toutes, personne n'étant moins disposé à mentir au préjudice d'un individu que lui-même.

Mais comme tout écrit de cette nature est singulièrement sujet, non à être mensonger, mais incorrect et incomplet, celui qui l'a fait est seul capable d'en rectifier les imperfections: il faut donc lui accorder la faculté de donner toutes les explications qu'il juge nécessaires; la lui refuser, c'est le placer dans une situation très désavantageuse pour son droit[1].

Règle IV. Si par décès, expatriation ou aliénation mentale, l'auteur de l'écrit en question ne pouvait pas être interrogé, néanmoins admettez l'écrit.

D. Pourquoi?

R. Le danger du côté de l'exclusion paraît plus

[1] Dans la pratique anglaise on n'accorde pas cette faculté.

grand que du côté de l'admission. Supposez que l'information contenue dans l'écrit soit nécessaire à la partie qui le demande, si vous l'excluez, vous lui faites un tort fatal; si vous l'admettez, il n'est point sûr que l'information qu'il renferme soit incorrecte et incomplète, ou il n'est pas si probable qu'elle le soit au préjudice de son auteur qu'à celui de la partie adverse; d'ailleurs ce qu'elle aurait de défectueux peut être suppléé ou corrigé par d'autres preuves déduites dans le cours de la cause.

L'expérience est ici tout en faveur de l'admission. Une preuve de cette nature est reçue dans la pratique anglaise, et reçue sans réserve; elle l'est même sans le correctif que je propose de lui donner; et toutefois on n'en a pas vu résulter des inconvénients sensibles.

Troisième cas. L'auteur de l'écrit en question est partie dans la cause, mais c'est lui qui en demande la production; la tendance de l'écrit est par conséquent en sa faveur.

Règle V. Même dans ce cas admettez l'écrit, en soumettant celui qui le produit à interrogatoire et à contre-interrogatoire.

D. Pourquoi admettre un témoignage si manifestement suspect de mensonge ou du moins de partialité, et qui peut devenir un instrument de déception?

R. Dans le cas d'un témoin externe, l'intérêt n'est jamais une raison suffisante d'exclusion; et cependant il peut avoir tel intérêt caché aussi fort que le plus manifeste. Dans le cas d'une partie, s'il existe un intérêt qui ait pu la porter à mentir, cet intérêt n'est-il pas tout en dehors? ne se présente-t-il pas à l'observation des juges les moins défiants? ne peut-on pas en calculer tous les degrés? Un écrit de sa main n'offre pas plus de chance de mensonge que ses réponses de bouche; et cependant l'écrit peut servir à confirmer ou à compléter sa déposition, surtout si au moment où il l'a fait il ne pouvait prévoir la circonstance qui le met en cause et qui l'appelle à s'en servir.

Règle VI. Si par décès ou autrement celui qui est regardé comme l'auteur de l'écrit en question (c'est-à-dire de l'écrit dont la tendance est en sa faveur) ne pouvait pas comparaître en justice, néanmoins admettez l'écrit.

Les raisons pour l'admission sont les mêmes que ci-dessus; seulement elles sont moins fortes, attendu qu'il y manque le sceau de l'examen contradictoire et de la présence du témoin; mais les considérations qui détériorent cette preuve dans cette circonstance sont si palpables, que le danger de l'estimer au-delà de sa valeur est réduit à son moindre terme.

Dans toutes ces règles il n'y en a qu'une pour

l'exclusion; toutes les autres sont pour l'admission, et il est aisé d'en faire l'application aux écritures demi préconstituées et aux preuves empruntées d'une autre cause.

CHAPITRE IV.

De la preuve par ouï-dire au premier degré.

A une époque antérieure, un témoin supposé immédiat a raconté quelque fait en présence d'une personne qui n'est investie d'aucune autorité judiciaire. A l'époque de l'interrogatoire juridique, un autre témoin déclare judiciairement ce qu'il prétend avoir entendu dire au premier.

La distinction de ces deux personnes est essentielle, car l'un des témoins, celui qui dépose, est un personnage réel et certain, tandis que le témoin supposé immédiat peut être un personnage fictif, ou, si son existence est avérée, il se peut que ce qu'on lui fait dire soit faux en tout ou en partie. Il est donc nécessaire de distinguer ces deux narrateurs en appliquant à celui qu'on n'entend pas l'épithète de *supposé*. On *suppose* qu'il existe, on *suppose* qu'il a parlé, on *suppose* qu'il peut avoir dit ce que l'autre affirme; mais omettre le mot *supposé* serait accorder d'avance le point qui est probablement en dispute.

La fraude caractéristique dont cette preuve

est susceptible consiste en ceci : « Avec la certitude de n'être pas exposé à une peine éventuelle ni à un contre-interrogatoire, un individu énonce de vive voix, extrajudiciairement, le récit d'un fait prétendu, sachant qu'il est faux en tout ou en partie. »

Règles d'admission.

Ces règles sont presque en tout point les mêmes que pour les écritures casuelles : nous les répétons ici pour plus de clarté; mais, quant aux raisons, nous renverrons aux numéros qui se correspondent.

Isolé, ce témoignage, s'il est faux, ne peut guère être dangereux; il ne serait appuyé sur rien, et serait probablement démenti par des circonstances variées. En liaison avec d'autres preuves, il peut être nécessaire pour expliquer et compléter une série de faits, et pour former un corps de preuves circonstancielles. Dans le cas d'une conversation entre deux interlocuteurs, si l'on voulait supprimer le discours de l'un, on rendrait celui de l'autre inintelligible.

Règle I. Dans le cas où le narrateur primitif n'est pas partie dans la cause, s'il est produisible en justice et interrogeable, la déposition de son ouï-dire ne doit pas être admise.

Voyez chap. précédent, règle I.

Règle II. Dans les cas suivants, le supposé ouï-dire sera reçu :

1° Si le témoin supposé immédiat est mort;

2° S'il n'est pas interrogeable, à raison de maladie ou d'éloignement;

3° S'il s'agit d'infirmer son propre témoignage dans la cause pendante;

4° S'il s'agit de le confirmer dans le cas où il serait attaqué.

Voyez chap. précédent, règles II et IV.

Règle III. Le narrateur primitif étant partie dans la cause, si son dire extrajudiciaire est offert par la partie adverse, il lui sera permis de le produire, sous la réserve toutefois d'accorder au premier la faculté d'expliquer et de réfuter.

Raison. *Voyez* chap. précédent, règle III.

Règle IV. Le narrateur primitif étant partie dans la cause, s'il demande que le témoin soit interrogé sur ce qu'il a entendu de la bouche de ce premier, quoique ce témoignage soit d'une tendance favorable à sa cause, ce ouï-dire peut être reçu : bien entendu que la partie adverse aura la faculté d'examen et de contre-interrogatoire.

Règle V. Si le même témoin déposant dans sa propre cause allègue son propre dire, relatif au fait en question, comme ayant été tenu dans une

occasion extrajudiciaire, il doit être admis à la preuve.

Voyez pour les raisons, chap. précéd., règle V.

Il est clair que, dans ces deux cas, la déposition de ces ouï-dire sera bien suspecte, comme étant un témoignage de la partie en sa faveur, présenté soit par elle-même, soit par l'intermédiaire d'un autre. Mais si cette déposition n'a pas d'autre appui, si elle ne se lie pas avec d'autres preuves, est-il à craindre qu'elle abuse les juges et obtienne trop de confiance ? Et cependant si ces témoignages coïncident avec d'autres preuves circonstancielles, on peut remplir par là des lacunes qui auraient rendu tout un récit improbable et confus.

Comparaison de force probante entre les écritures casuelles et les ouï-dire.

Entre un fait attesté par un écrit casuel et un fait attesté par un ouï-dire, quel est le degré de force probante comparative? Quelle est de ces deux espèces de preuves celle qui doit inspirer le plus de confiance?

I. En faveur de l'écrit, observons 1° qu'il ne présente qu'un seul auteur; qu'il n'y a qu'un individu dans lequel se renferment toutes les causes de suspicion, tant celles qui peuvent provenir de son intérêt que celles qui tiennent à sa capacité

intellectuelle. L'écrit, il est vrai, a besoin d'être avéré, mais on peut avoir des témoins non suspects pour établir l'authenticité de l'écriture.

Dans le ouï-dire vous avez toujours deux témoins; celui qui parle devant le juge, et celui qui est supposé extrajudiciaire et primitif. — Deux témoins! — Avec toutes les causes de suspicion attachées à chacun d'eux!

2° Dans l'écrit, la teneur du discours est fixée d'une manière permanente. L'assertion qu'il renferme ne peut plus changer (à moins qu'on n'altérât l'écriture même), et son contenu présentera presque toujours des preuves circonstancielles qui aideront à former l'opinion du juge sur sa valeur.

Dans le ouï-dire, si le témoin déposant veut mentir, la fausseté est plus facile. Le fait que tels mots aient été prononcés par telle personne et dans un tel sens, est un fait d'une nature passagère, évanescente, ne laissant aucune trace physique qui puisse servir à le confirmer : mais dans le cas même de la plus grande véracité, le témoin déposant peut être inexact par défaut de mémoire, et surtout s'il s'agit d'un récit de quelque étendue; à cette cause d'erreur, presque inévitable, se joint le danger qu'il se soit mépris sur le sens, ou qu'il ait omis quelque circonstance essentielle.

II. Toutefois il est des cas où la preuve par ouï-dire sera supérieure à celle d'une écriture casuelle ou extraordinaire. Pourquoi ? C'est qu'en suivant la chaîne des indices par les ouï-dire, vous pouvez vous mettre sur la voie d'un grand nombre de circonstances et d'accessoires qu'un simple écrit n'aurait pas pu vous fournir.

Je me meurs ; Titius m'a blessé... Supposez que dans le cabinet d'un homme qu'on a trouvé mort d'une blessure on découvre une lettre de sa main contenant ces mots, il en résulte déjà contre Titius une présomption grave; mais de plus on sait qu'il existait entre lui et le défunt une inimitié violente : on les a vus ensemble dans un temps qui fortifie le soupçon, et même on a vu Titius lever l'instrument et porter un coup. Sur ces preuves, et surtout s'il n'y en avait point dans un sens contraire, peu de juges hésiteraient à condamner Titius, et je ne dis pas qu'ils auraient tort. Cependant il s'en faut de beaucoup que ces preuves excluent la possibilité de son innocence. Supposons, ce qui est très possible, que ces mots écrits par le défunt ne fussent que le commencement d'une lettre que la faiblesse l'a empêché d'achever, et qu'il aurait continuée ainsi : *Titius m'a blessé, mais légèrement ; et, sans le vouloir, c'est Sempronius qui m'a porté le coup fatal...*

Je dis plus; on peut imaginer les cas où une

assertion de même teneur, transmise de bouche, serait plus forte, plus satisfaisante que l'écrit original lui-même. Ces mêmes mots : *Titius m'a blessé, je me meurs*, le défunt les a prononcés devant des témoins distingués et irréprochables qui s'accordent dans leur déposition. Jusqu'ici la persuasion qui en résulte n'est pas plus grande que celle qui résultait de l'écrit dans la supposition précédente; mais on les interroge pour savoir s'il n'a rien dit de plus sur la cause de sa mort. Non, répondent-ils d'une manière unanime. En a-t-il eu le temps? Sans doute, car il a parlé de sa famille, de ses amis, de son testament, etc., etc. Qui ne voit que cette masse de témoignages exclut de la part de Titius cette possibilité d'innocence qui existait encore dans le cas de la lettre que nous avions supposée?

Mais, tout en reconnaissant la supériorité de la preuve par écrit casuel sur celle qu'on peut obtenir par ouï-dire, je trouve encore ici qu'il n'y a point de règle générale pour fixer l'opinion des juges, point de règle absolue. Chaque cas particulier offrira des probabilités différentes.

CHAPITRE V.

Du ouï-dire transmis par plusieurs milieux.

Le récit du témoin supposé immédiat peut passer de bouche en bouche en nombre indéterminé. Un ouï-dire qui ne passe que par un milieu est un ouï-dire du premier degré ; celui qui passe par deux milieux est un ouï-dire du second degré, et ainsi de suite.

Dans la fameuse procédure contre Calas, entre le témoin supposé immédiat et le témoin déposant, il n'y avait pas moins de cinq intermédiaires, et celui qui était déclaré comme ayant entendu la menace du père à son fils n'était pas même nommé; c'est une personne inconnue, et qu'on ne pouvait pas même reconnaître.

Dans une circonstance qui agite fortement les passions, une ville se remplit de clameurs; les récits, d'abord discordants, acquièrent peu à peu une sorte d'uniformité; l'histoire s'arrange; « chacun se pique d'y apporter du sien pour l'orner ou pour l'affermir »; la foi des uns forme la foi des autres; c'est une épidémie de témoignages; le doute disparaît, et la réunion des échos acquiert

la force d'une preuve. C'est là ce qui se passa à Toulouse; mais on put bientôt juger de quelle valeur est un bruit public. Lorsqu'au milieu de cette fermentation les juges voulurent informer, cette ville, qui retentissait de toute part des cris de la plus vive indignation contre les Calas, ne trouva pas un seul homme dans son enceinte qui osât paraître contre eux[1]. Lorsqu'il fut question de venir en son propre nom déposer en justice et s'exposer aux peines du parjure, aucun témoin ne se présenta. Ce que tout le monde disait et répétait avec confiance, il n'y avait personne qui pût l'avérer sur son propre témoignage, et une rumeur universelle qui annonçait des preuves concluantes ne fournit pas même un indice. Je m'arrête à cette observation; il n'appartient pas à mon sujet d'expliquer comment l'on fit jouer les grands moyens du fanatisme et des monitoires pour se procurer ce misérable échafaudage de ouï-dire sur lequel la condamnation fut basée.

Après avoir raconté les progrès de l'opinion dans les croyances les moins vraisemblables, Montaigne conclut par une observation dont on ne peut méconnaître la vérité. « Les premiers, dit» il, venant à semer leur histoire, sentent, par » les oppositions qu'on leur fait, où loge la diffi-

[1] *Voyez* le Mémoire de Loiseau de Mauléon.

» culté de la persuasion, et vont calfeutrant cet » endroit de quelque pièce fausse. L'erreur par» ticulière fait premièrement l'erreur publique, » et à son tour l'erreur publique fait l'erreur » particulière. Ainsi va tout ce bâtiment, s'étof» fant et se formant de main en main, de manière » que le plus éloigné témoin en est mieux informé » que le plus voisin, et le dernier informé mieux » persuadé que le premier. » MONTAIGNE, liv. III, chap. II.

On peut établir sur ce moyen de preuve les cinq propositions suivantes.

1° Dans chaque succession d'un milieu à un autre, le narré extrajudiciaire prend un degré d'éloignement de plus, c'est-à-dire qu'il s'écarte d'un degré de cette proximité désirable entre le fait et le juge, telle qu'elle existe dans la preuve ordinaire.

2° A chaque degré le narré perd une portion de sa force probante; et cela résulte non seulement des charges générales d'inexactitude qui dépendent du personnel de chaque intermédiaire, mais encore des chances de mensonge qui tiennent au caractère de tel ou tel individu. Il faudrait, pour ainsi dire, établir une investigation particulière sur la moralité de chacun d'eux.

3° Cependant lorsque divers témoins extrajudiciaires du même degré sont représentés comme

confirmant en teneur le rapport qu'on suppose avoir été fait par un autre, chacun d'eux ajoute un degré de force probante au témoignage, dans le cas où on donne foi au témoin déposant.

4° Mais toute la force probante qu'on peut acquérir par le nombre de ces témoins ne pourra jamais élever une preuve de ouï-dire au niveau d'une preuve directe, ou bien établie sur des faits circonstanciels.

Watson dépose que, dans une certaine occasion, un nombre de personnes qu'il nomme, Charles Waitman, François Louvier, Thomas Little, se sont accordés à l'assurer qu'ils étaient tous trois présents quand Joseph Prettyman a fait le récit d'un duel qui a eu lieu en sa présence entre l'accusé qui est à la barre et Jean Delacour, où celui-ci reçut une blessure dont il mourut sur la place.—Si Watson est reçu dans sa déposition, le fait de l'accusé, ayant tué Delacour en duel, acquerra un degré de probabilité de plus par chaque personne additionnelle qu'il allègue comme ayant entendu le récit de Prettyman; mais quand il y aurait dix, vingt, cent et plus de ces témoins supposés, de ces relateurs extra-judiciaires, ils ne donneraient pas à la déposition de Watson un degré de force probante égal à celle qu'elle aurait si, au lieu de citer ces cent témoins intermédiaires, tous au même degré, il s'était représenté comme

ayant tenu lui-même le fait de la bouche de Prettyman.

1. Admissibilité des ouï-dire par un nombre indéterminé de milieux.

Je pose ici comme règle unique que le témoignage ainsi transmis par plus d'un milieu, et même quel que soit le nombre des milieux, doit encore être reçu, sous les mêmes réserves, mais avec plus de précaution et de défiance que les ouï-dire du premier degré.

Je ne me dissimule pas que cette admission paraîtra bien alarmante, surtout aux partisans du système d'exclusion. Quoi! laisser entrer dans l'esprit du juge un déluge de dépositions toutes plus défectueuses les unes que les autres!

Examinons de sang-froid. Nous trouverons que cette règle est fondée sur les arguments directs, sur l'expérience des tribunaux et sur la nécessité.

Le nombre des milieux donne-t-il plus de facilité pour exécuter un plan de fraude, un plan concerté sur cette base? Non, car il n'est pas dans l'intérêt de la fraude de multiplier les milieux. Plus il y en a, plus l'imposteur s'expose à être démasqué par les variations des témoins. Celui qui cherche à tromper sentira très bien qu'il est de son intérêt de présenter son récit prétendu sous la forme la plus plausible, la plus simple,

celle qui inspire le plus de confiance; et qu'au contraire il n'est pas de son intérêt de multiplier sans nécessité les causes de discrédit et de suspicion. Il aimera mieux dire, par exemple, « Je tiens le fait de Titius, qui disait l'avoir vu, mais qui est mort, » que de dire, « Je tiens le fait de Titius, qui est mort, et qui disait le tenir de Sempronius, qui lui assurait l'avoir vu, mais qui, étant mort aussi, ne peut pas être appelé en témoignage. »

Prenons pour exemple un cas tiré de la jurisprudence anglaise. La validité d'un testament étant en question, testament qui portait le nom et l'attestation de trois témoins, et deux de ces témoins étant morts, le troisième (c'était une femme) déposa qu'ayant soigné l'un des deux autres dans sa dernière maladie, trois semaines avant sa mort, il avait tiré de son sein le testament et lui avait dit qu'il l'avait forgé lui-même. Ce témoignage fut reçu, fut cru, et le testament déclaré faux.

Venons au point en question. Supposez qu'au lieu d'être reçu et cru, le témoignage eût été rejeté ou estimé faux, le testament, par la supposition, eût été vrai et légitime, l'histoire du témoin qui prétendait l'avoir forgé eût passé pour une fable. Maintenant supposez que la femme, au lieu de dire qu'elle avait entendu le témoin déclarer

lui-même qu'il avait forgé le testament, eût dit qu'elle l'avait entendu de Jean Middleman qui est mort, et qui le tenait du supposé faussaire, la fraude sous cette forme eût-elle paru plus plausible? n'est-il pas, au contraire, tout-à-fait probable qu'elle n'aurait pu réussir?

Le danger de déception par fraude étant donc plutôt diminué qu'augmenté par le nombre des intermédiaires, reste le danger de déception à raison de l'inexactitude, danger qui croît directement comme le nombre des degrés; mais ce danger est si manifeste, qu'un pareil témoignage sera plutôt mis au-dessous qu'au-dessus de sa valeur réelle.

La vérité de ces conclusions est amplement confirmée par la pratique générale.

Dans tous les systèmes de judicature vous trouverez une classe très étendue de cas où le témoignage inoriginal (soit par écritures casuelles, soit par ouï-dire) est reçu sans scrupule, quel que soit le nombre et la qualité des intermédiaires. Cette classe embrasse toutes les questions où le fait principal à prouver est de ceux qu'on peut appeler *anciens faits*; des généalogies, des lieux de naissance, des droits locaux et servitudes, des coutumes, etc., etc, des faits qui, en supposant qu'ils aient existé, ont eu lieu dans des temps assez reculés pour qu'il n'y ait plus de témoins contem-

porains. Mais dans la simple ancienneté d'un fait il n'y a rien qui le rende croyable sur des preuves plus faibles que celles qui seraient exigées pour donner le même degré de créance à un fait plus récent. Qu'un homme de tel nom ait pris en mariage, en tel endroit, une femme de tel nom, et qu'il en ait eu des enfants, ce fait, dis-je, n'est pas plus aisément croyable pour être placé à la fin du dix-septième siècle, que s'il l'est à la fin du dix-huitième.

Mais excepté les cas où on a pu appliquer à ce genre de faits les registres publics, les preuves préconstituées, on ne trouve pour les temps anciens d'autres moyens d'établir ces faits que par ces preuves inférieures, ces enchaînements de ouï-dire, ces traditions locales; et cependant de pareils témoignages sont tous les jours admis dans les tribunaux.

Et qu'on ne dise pas que si de telles preuves sont admissibles, ce ne doit être que dans des cas peu importants. Lorsque les faits à prouver appartiennent à la classe des faits anciens, il s'agit presque toujours des questions du plus grand intérêt, des titres de possession pour les terres, des pouvoirs héréditaires, des dignités, etc. Ces espèces de preuves sont, comme on l'a dit, un pis-aller, mais un pis-aller nécessaire.

II. Application des mathématiques au témoignage.

Le sujet que nous traitons pourrait ouvrir une belle carrière aux mathématiciens; mais si on appliquait leurs formules à des cas réels, les résultats seraient souvent à l'inverse du sens commun.

Supposez qu'un mathématicien, partant des observations que nous venons d'exposer, se mît à l'œuvre dans son propre genre, et parceque la démonstration est le fruit de sa science, s'imaginât pouvoir arriver à des conclusions *certaines* sur la crédibilité du témoignage. Dans une série de ouï-dire, la force probante est inversement comme le nombre des degrés. Cette proposition, énoncée dans la langue algébrique par des lettres et non par des mots, aurait la prétention de passer pour une vérité irréfragable. Oui, mais comment? Dans la supposition que dans chaque cas un ouï-dire d'un plus bas degré étant comparé avec un ouï-dire d'un plus haut degré, la crédibilité des témoins est toujours au même niveau. Or cette supposition admise tacitement et gratuitement dans la formule, est tout-à-fait fausse.

Il s'agit par exemple d'un procès sur un objet pécuniaire de petite valeur; des deux parts il y a témoignage de ouï-dire : du côté du demandeur, ouï-dire du second degré; mais le témoin déposant et le témoin intermédiaire, tous deux

bien connus, tous deux opulents, sont au plus haut degré de l'échelle morale : du côté du défendeur, ouï-dire du premier degré; mais le témoin déposant est dans la classe indigente et de plus un menteur notoire. Par la règle du mathématicien, la décision serait en faveur du défendeur; mais tout autre que le mathématicien prononcerait sans hésiter en faveur du demandeur.

D'après ces considérations, que doit-on penser de ces lois de procédure qui, sans peser la valeur des témoignages, prétendaient prévenir des jugements erronés en requérant pour la validité des sentences un nombre spécifié de témoins? Le nombre peut être complet, le nombre peut être au-delà du complet, et la force probante du témoignage, au lieu d'être plus forte, sera, dans tel cas donné, plus faible que s'il n'y en avait qu'un. On se demande où est la probité, où est le bon sens des juges, lorsqu'ils prononcent sur des preuves dont le vice est si apparent. Mais il n'y a pas un chapitre de cet ouvrage où l'on ne pût démontrer par des faits nombreux que le sens commun a été comme étouffé par les vapeurs de la science jurisprudencielle[1].

[1] « On a été jusqu'à fixer le degré respectif de confiance dû aux témoins de chaque sexe. — Le témoignage de deux femmes ou filles devait servir *autant et ni plus ni moins* que celui d'un homme, et celui de quatre femmes ou filles autant

que celui de deux hommes. — C'est, entre autres statuts, dans ceux du pays de Vaud que je trouve cette disposition absurde, plus humiliante pour le législateur que pour le sexe qui en était l'objet. » (*Rapport sur la loi de la procédure civile de Genève*, page 127.)

Dans l'intervalle qui s'est écoulé de la première édition de cet ouvrage à celle-ci, cette règle de procédure a été effacée du code vaudois.

CHAPITRE VI.

Témoignage écrit d'un témoignage supposé oral.

Si l'écrit en question est supposé l'œuvre d'un officier public, qui, en vertu de son office, a rédigé la déposition d'un individu légalement examiné, un tel écrit appartient à la classe des preuves préconstituées.

Si l'écrit n'est pas d'un officier public, il rentre dans ces preuves inférieures dont la nature a été expliquée sous la dénomination de *preuves écrites casuelles*.

A parler en général, le témoignage judiciaire d'un individu donné sera dans son ensemble plus digne de foi que le témoignage écrit casuellement parla même personne dans une lettre ou un mémorandum; et cependant on pourrait citer des cas où le contraire aurait lieu.

Un évènement assez compliqué s'est passé en présence d'*Oculatus*: le même jour il en a rendu compte à un ami dans une lettre; l'évènement y est raconté d'une manière détaillée et complète: n'est-il pas clair que cette lettre d'Oculatus serait une preuve extrajudiciaire bien supérieure à sa

déposition judiciaire dix ans après l'évènement ?

Mais si l'intervalle qui s'est écoulé est une considération essentielle, il en est une autre qui ne l'est pas moins, savoir, l'importance relative que l'évènement avait aux yeux du témoin. Plus cette importance est grande, plus le témoignage oral remonte en valeur comparativement à un écrit casuel[1].

La liaison de l'évènement avec son intérêt personnel est ce qui donne le plus haut degré de sécurité pour la durée et l'exactitude de l'impression qu'il en conserve.

Quand il s'agit d'évaluer l'importance qu'avait l'évènement aux yeux du témoin, il faut s'assurer qu'elle était sensible pour lui, c'est-à-dire qu'il a pu l'estimer telle, qu'il était constitué pour en juger comme tout autre individu l'aurait fait à sa place; il faut même, autant qu'on le peut, se reporter aux circonstances où il était placé au moment du fait, examiner quel degré d'intérêt il y a pris, quelle attention il y a donnée : car, quelque important que soit le fait, si son esprit

[1] On pourrait faire une formule *alteris paribus*. La chance qu'une preuve par écrit casuel soit supérieure en crédibilité au témoignage oral de la même personne, est en raison directe de l'intervalle qui s'est écoulé du jour de l'évènement au jour de l'examen; et en raison inverse de l'importance relative qu'avait le fait en question dans l'esprit du témoin.

était préoccupé d'une affaire majeure pour lui, si, pressé par le temps, il n'a pu s'en occuper qu'à la hâte, l'impression qu'il aura reçue sera proportionnellement faible, le souvenir incertain et flottant, quoique dans d'autres circonstances le même évènement eût fait sur lui une impression permanente et distincte.

Une preuve plus forte, plus digne de confiance que celle qui est constituée par le témoignage oral seul, est celle qui résulte de la combinaison de ce témoignage avec un article de preuve casuelle écrite, écrite par la même personne en forme de lettre ou de mémorandum à l'époque de l'évènement ou peu après, et l'écrit étant produit non à la demande de son auteur, mais à celle de la partie adverse. Ici se réunissent toutes les sûretés possibles. L'écrit est une garantie contre les infidélités de la mémoire et un certificat de la vérité du témoignage oral[1].

[1] L'observation suivante, quoiqu'elle appartienne particulièrement à la critique historique, n'est pas étrangère à un traité de preuves judiciaires. « Le grand objet des recherches modernes est d'arriver à des lettres contemporaines. Parmi les obscurités, le silence ou les contradictions de l'histoire, la découverte d'une lettre est comme celle d'un point fixe par lequel on peut corriger, ajuster, suppléer les imperfections et les incertitudes des autres relations. Une des raisons de ce crédit supérieur attaché aux lettres, est que les

Ce moyen de preuve est un bonheur fortuit; il dépend d'une disposition accidentelle aussi-bien que des facultés littéraires du témoin.

faits qu'elles présentent viennent incidemment, et par conséquent sans aucun dessein de tromper le public. » (PALEY, *Horæ Paulinæ*.) Nous avons sans doute un penchant naturel à nous fier aux lettres comme à des confidences qui n'étaient pas faites pour nous et que nous avons surprises; mais tout dépend du caractère de l'auteur et de la nature des lettres. Combien n'a-t-on pas abusé de ce moyen! combien de faussetés dans des correspondances feintes ou même réelles!

CHAPITRE VII.

Du témoignage supposé écrit, transmis oralement.

Un témoin allègue, en caractère de preuve, un écrit qu'il affirme avoir lu, et dont il prétend rapporter le contenu avec fidélité.

Dans le cas où on n'a aucune raison de se défier du rapporteur, ce témoignage paraît au premier coup d'œil n'avoir ni plus ni moins de force probante que le témoignage sur ouï-dire : l'un a lu, l'autre a entendu; toute la différence est dans la *source* où l'information est puisée : le *medium*, principale cause de déception, est le même.

En y regardant de plus près, on trouvera entre ces deux espèces de témoignages des différences qui ne sont pas à négliger; mais avant de les énoncer il faut décrire la fraude caractéristique à laquelle peut être sujet le témoignage fondé sur l'allégation d'un écrit.

« Pour son propre avantage ou pour celui » d'un autre, à son insu ou non, A, ayant fabriqué » ou falsifié un écrit, le place de manière à ce qu'il » soit vu de B; après quoi il le fait disparaître, à

» telle fin que B, informé du contenu de l'écrit, » puisse, étant judiciairement examiné, en faire » son rapport comme témoin. »

Ce genre de témoignage, même en supposant que l'écrit allégué ait existé, comporte deux espèces de dangers : danger de fausseté, danger d'inexactitude. Il en est de même du ouï-dire, mais dans un degré différent.

Il faut d'abord considérer à quelle classe appartient l'écrit allégué ; est-il privé ou public, est-il contractuel ou officiel, est-il de la nature des écritures casuelles ou des écritures authentiques ?

Si l'écrit allégué n'est qu'une écriture casuelle, une lettre par exemple, il n'y a pas plus moyen de contrôler la vérité du témoignage dans ce cas que dans celui de ouï-dire. L'un peut prétendre avoir lu, comme l'autre avoir entendu; la différence est à peine discernable entre eux; la force probante est sur le même pied.

Mais si l'écrit appartient à une classe d'écrits réguliers qui aient une forme déterminée, par exemple un livre de comptes, on a plus de prise sur le témoin; la sphère de l'invention est proportionnellement limitée. Pour obtenir du crédit, il faut que ses citations soient conformes aux écrits de cette nature; il faut qu'il soit d'accord avec des faits vrais qui ne peuvent manquer d'être

connus. Il s'expose, en mentant, à être contredit par des preuves circonstancielles.

Si l'écrit allégué appartient à la classe des preuves préconstituées, s'il s'agit d'un contrat, d'un acte de transfert de propriété, la sphère d'invention est encore plus limitée. Pour avoir une chance de succès dans son plan d'imposture, il faut que le témoin connaisse non seulement les circonstances des parties contractantes, mais encore les dispositions prescrites par la loi sur ces matières.

Si l'écrit allégué appartient à la classe des écritures officielles, il y a beaucoup de circonstances qui peuvent déjouer l'imposteur. Il ne pourrait former et exécuter un plan de fraude qu'autant qu'il aurait une connaissance positive de la marche des affaires dans l'office en question. D'après cette considération, on voit que le danger est limité à un petit nombre de personnes, et que ces personnes sont, par leur état et leur éducation, au-dessus du taux commun de crédibilité pour leur témoignage.

Par rapport au danger d'inexactitude, l'allégation d'un écrit possède une force probante supérieure au témoignage sur le simple ouï-dire.

Dans le cas du ouï-dire, l'original naît et meurt dans le même moment. L'impression qu'un discours fugitif laisse dans l'esprit ne peut plus

être fortifiée si elle est faible, ni rectifiée si elle est incorrecte.

S'agit-il d'un écrit, le regard qui parcourt un papier peut être aussi fautif que l'oreille qui saisit un son : mais on peut revenir à l'écrit à plusieurs reprises, on peut lui donner toute l'attention qu'on veut, et s'assurer qu'on s'en est fait une idée complète.

Le degré de soin est encore plus probable lorsqu'il s'agit d'écrits importants, de contrats par exemple, où les points à examiner sont en petit nombre, et où les clauses essentielles frappent d'abord ceux qui sont dans l'habitude d'étudier des actes de cette nature.

CHAPITRE VIII.

Des copies ou transcripts. — I. Modifications diverses.

On entend par copie un écrit que l'on produit en caractère de preuve, comme étant fait exactement d'après un autre écrit, qui, par rapport au second, est nommé l'original.

Cette description générale comprend trois modifications:

1° Un transcript de même teneur;

2° Une traduction;

3° Un extrait; on ne le donne pas comme contenant tout l'original, mais tout ce qui a rapport au sujet en question.

Par rapport aux transcripts de même teneur, il y a une distinction essentielle à faire entre ceux qui ont été collationnés et ceux qui ne l'ont pas été, ou qui ne sont pas connus pour l'être.

La collation est à un transcript ce que l'authentication est à l'original.

Supposons le transcript vérifié, duement collationné : il n'appartient plus au sujet que nous traitons ; il est preuve, *alter et idem*. On ne peut

pas dire dans un sens absolu, qu'il soit équivalent à l'original, mais on ne peut pas le placer dans la classe des *preuves inférieures*.

II. Causes de discrédit pour les copies.

Une copie ne peut pas avoir le même effet que l'original, parceque ce moyen est sujet à différentes causes de déception.

1° La prétendue copie peut n'avoir point eu d'original, ou elle peut en différer plus ou moins, par accident ou par fraude.

2° S'il y a un original, cet original peut avoir été un acte faux ou frauduleusement altéré, ou simplement inexact; or on peut découvrir dans un acte donné comme original des caractères de falsification et d'incorrection qui ne seraient pas également manifestes dans une copie.

3° Si la copie était reçue comme ayant force d'original, elle donnerait lieu à une fraude caractéristique qui peut se décrire comme suit :

« Un individu falsifie un original réel ou il en » fabrique un faux, afin qu'au moyen de la copie » qui en sera faite il puisse produire le même » effet que par un acte forgé, tandis que par la » destruction de l'original, faux ou falsifié, la » fraude pourra passer sans être découverte. »

Ceci est une conséquence de ce que nous avons dit : que les marques de fausseté ne sont pas éga-

lement observables dans une copie que dans un original.

Dans le cas où l'écrit, pour avoir l'apparence d'un original, aurait besoin de porter la signature de quelques témoins, si les copies (non vérifiées) étaient reçues sur le même pied que les originaux, une prétendue copie vaudrait mieux pour un plan de fraude qu'un prétendu original : on éviterait par là le danger d'être découvert par de fausses signatures.

III. Modes de transcription.

Il y a différents moyens de transcrire, qui ne présentent pas la même probabilité d'exactitude.

Dans ce mode récemment inventé d'écrire avec deux plumes à la fois, la distinction entre l'original et la copie n'existe plus. Il en est de même de ces machines plus anciennes avec lesquelles on tire plusieurs impressions d'une feuille fraîchement écrite.

La probabilité de l'exactitude dépendra des circonstances suivantes :

1° Le nombre de personnes employées à faire et à vérifier la copie ;

2° Le degré d'attention requis de leur part ;

3° le degré de publicité avec lequel les erreurs seront notées.

Sur tous ces points l'imprimerie l'emporte de

beaucoup sur l'écriture. Il ne faut qu'un compositeur typographe pour tenir lieu de plusieurs milliers de copistes; et la vérification d'une copie imprimée est beaucoup plus facile que celle d'une copie manuscrite.

Pour les lois et autres documents d'une nature publique, les exemplaires imprimés doivent être mis légalement sur le même pied que l'original, par la raison que l'exemplaire imprimé est le seul auquel le peuple puisse avoir accès pour diriger sa conduite.

Dans tous les cas où le faux par voie d'écriture est rendu punissable, le faux par voie d'impression pour le même objet doit l'être également.

1° Forgerie de lois, par fabrication ou par falsification;

2° Forgerie d'actes du gouvernement, tels que proclamations ou ordonnances à des fonctionnaires publics;

3° Forgerie de nouvelles ou d'avertissements dans un papier officiel;

4° Semblables forgeries dans un journal non officiel, le titre du journal étant contrefait par un autre que son éditeur ordinaire.

En cas de fraude, si un des modes possibles de transcription était laissé en dehors de la loi pénale, cette fraude serait sans frein; et comme elle est aussi malfaisante sous une forme que sous



l'autre, il n'y a aucune raison imaginable pour la laisser impunie.

IV. Copies de copies.

Quand l'écrit présenté est une copie immédiate, il n'y a qu'un degré entre l'original et le juge; si c'est une copie d'une copie immédiate, il y a deux degrés, et ainsi de suite.

Plus le nombre qui exprime les degrés sera haut, plus le degré lui-même sera bas dans l'échelle de force probante.

A parler rigoureusement, aucune copie ne peut mériter la même foi que l'original, parceque toute copie est exposée soit à des fraudes volontaires, soit à des erreurs accidentelles. Le danger, quelque faible qu'il puisse être, n'est jamais absolument nul; mais à chaque nouveau degré, la copie est exposée de nouveau à ces deux causes d'infidélité.

Toutefois il y a ici une observation importante. Par la confrontation avec une copie d'un degré supérieur, une copie d'un degré inférieur peut être élevée dans l'échelle de crédibilité à un degré précisément au-dessous de celui qu'occupe la copie qui lui a été comparée.

Supposez une copie du deuxième degré : par une confrontation avec l'original, elle peut s'élever au niveau d'une copie du premier degré;

de même, par une confrontation avec une copie du premier degré, elle peut s'élever au niveau d'une copie du second degré [1].

[1] « On ne peut mieux comparer cette diminution de la probabilité qu'à l'extinction de la clarté des objets par l'interposition de plusieurs morceaux de verre : un nombre de morceaux peu considérable suffisant pour dérober la vue d'un objet qu'un seul morceau laisse apercevoir d'une manière distincte. (*Essai philosophique sur les Probabilités*, page 15.)

CHAPITRE IX.

Comparaison de la preuve par copie à la preuve par ouï-dire.

Si l'on compare la preuve qui se fonde sur une copie à celle qui se fonde sur un ouï-dire, on n'aura pas de peine à voir que la première l'emporte sur la seconde.

Cette supériorité résulte de ce qu'elle présente moins de danger d'inexactitude; je parle d'inexactitude accidentelle sans fraude et sans dessein.

1° Dans le témoignage sur ouï-dire, le témoin supposé immédiat et le témoin déposant ne sont pas les mêmes personnes.

Quand on présente une copie (supposant qu'il y ait eu un original), la personne qui est prétendue y parler est encore la même.

Le 1er janvier 1810, étant judiciairement interrogé, je rapporte ce que j'ai vu moi-même ce même jour. C'est là le témoignage direct ordinaire ; dans ce cas il n'y a qu'un seul intellect qui soit concerné dans l'exposé du fait.

Le 1er janvier 1812, étant judiciairement in-

terrogé, je rapporte que ce même jour j'ai entendu Titius dire lui-même qu'il venait de voir tel ou tel fait. Voilà le témoignage sur ouï-dire ; dans ce cas il y a deux intellects concernés dans l'exposé en question.

Le 1er janvier 1812, B fait une copie d'une lettre censée originale, qu'il a écrite le même jour, et qu'il a envoyée en son nom. Dans ce cas encore il n'y a qu'un seul intellect concerné dans l'exposé de l'affaire.

Qu'au lieu de copier lui-même il ait employé la main d'un autre, la différence est petite ou nulle. Dans le cas d'un scribe exact, le danger d'inexactitude sera moindre quand l'écrit qu'il copie est d'une autre main; dans le cas d'un scribe inexact, il fera moins de fautes quand il copie sa propre écriture.

2° Dans le cas d'un témoignage oral, la force probante sera inversement comme la distance entre la date de la perception et la date de la déposition. Plus on s'éloigne d'un fait, plus ses circonstances s'effacent ou se confondent.

Dans le cas de la copie, la force probante ne reçoit aucune diminution par la distance entre le temps où l'écrit original a été fait et celui où il a été transcrit.

Il résulte de ce qui a été dit qu'un témoignage sur ouï-dire est sujet à bien des causes d'inexacti-

tude qui n'affectent pas une copie. Le déposant peut avoir saisi à la volée le discours qui frappait son oreille, il peut s'être mépris sur le sens, il peut l'avoir oublié en partie, ou y ajouter, par erreur, des circonstances différentes. Le copiste a toujours son origimal sous les yeux, il peut y revenir pour s'assurer de son exactitude, et le mot n'est pas plus tôt fixé que sa conservation est placée sur une base plus forte que celle de la plus forte mémoire.

La seule cause d'inexactitude pour le copiste est le *défaut d'attention*. De là peuvent résulter des erreurs par omission, par substitution, par insertion. Quelle est la plus probable?

L'omission se présente d'abord comme la plus naturelle. Un mot de l'original qui échappe à l'œil produira une omission correspondante dans la copie; et même, si le sens n'est pas rendu inintelligible, une ligne entière peut être omise. Les signes distinctifs des phrases, les virgules, les points, sont facilement oubliés.

La substitution d'un mot à un autre par le seul changement d'une lettre est presque aussi probable qu'une simple omission, surtout quand les lettres ont une ressemblance ou une affinité l'une avec l'autre; *motus* pour *notus*, *pourvu* pour *prévu*. Ce genre de faute peut être aisément le résultat d'une méprise, d'une erreur de con-

ception, surtout si le copiste n'a qu'une connaissance superficielle du sujet, et que la phrase, malgré son altération, reste intelligible. Si elle ne présente aucun sens, ou qu'elle forme un sens absurde, et que le copiste ne soit pas un homme dépourvu de jugement, ce n'est plus qu'à l'inattention qu'on peut rapporter cette espèce d'inexactitude.

L'addition d'un mot est une faute qui n'est pas sans exemple, mais elle est beaucoup plus rare que les deux autres. Elle ne tient pas à une simple erreur de jugement, à un simple défaut d'attention; elle a sa source dans l'imagination du copiste; imagination qui se mêle à son travail, manque d'une comparaison attentive et suivie avec l'original qu'il a sous les yeux.

Ces distinctions ne sont pas sans utilité ; elles mettent sur la voie pour distinguer entre les déviations celles qu'on peut regarder comme des indices de fraude et celles qu'on doit simplement attribuer à une inexactitude innocente.

Dans les procédés judiciaires il y a deux cas où l'erreur est sans conséquence: 1° lorsqu'elle tombe sur des mots qui n'ont aucune importance pratique; 2° lorsque la correction est facile et suffisamment indiquée par le contexte.

Plus une série de mots est souvent répétée, moins il est probable que la même erreur sou-

vent répétée sur ces mots soit faite sans intention ; et s'il y a un seul endroit où la faute ne se trouve pas, où le vrai sens soit conservé, on a là un guide qui sert à rétablir le texte dans tout le reste.

CHAPITRE X.

Dans quels cas et à quelle condition une copie sera-t-elle reçue?

Un écrit offert en preuve dans le caractère d'une copie sera-t-il reçu ou non?

Pour répondre à cette question, il faut distinguer le cas.

1° L'original allégué est en existence, produisible, consultable et connu pour l'être;

2° L'original allégué est dans un pays étranger;

3° Il est dans une autre province du même état;

4° Il est connu pour avoir existé, mais pour n'être plus en existence;

5° Il est connu pour avoir existé, mais son existence actuelle est douteuse;

6° On ignore si la copie alléguée est une copie ou non, c'est-à-dire s'il a existé un écrit dont celui qu'on présente ait tiré son existence.

La conduite du juge est susceptible de trois modifications :

1° Il peut recevoir l'écrit absolument et sans condition;

2° Il peut le rejeter de-même;

3° Il peut le recevoir conditionnellement, selon les circonstances, *sub modo.*

Règles pour le premier cas.

Règle I. Quand l'original est produisible ou accessible, aucune copie ne doit être reçue sans une raison spéciale.

Règle II. Lorsque l'original ne peut pas être lu et manié sans un degré considérable de difficulté, une copie en teneur, en traduction ou en extrait, selon le cas, peut être exhibée en addition à l'original, et en même temps.

Exemples. 1° L'original, eu égard au langage ou au caractère, est suranné au point d'être peu lisible ou peu intelligible.

2° L'original est dans une langue morte ou vivante, mais autre que la langue courante du pays : dans ce cas la copie ne sera pas en teneur, ce sera une traduction.

3° L'original est d'un volume considérable, mais on n'a besoin que d'une portion pour la preuve du cas actuel : la copie sera de la nature de l'extrait.

Les raisons spéciales pour admettre des copies au lieu de l'original seront toujours tirées des inconvénients majeurs à éviter, délais, vexations, frais, c'est-à-dire difficultés de produire et de consulter l'original; mais, dans ce cas, la fidélité

de la copie doit avoir été établie d'une manière satisfaisante.

Second cas. L'original est dans un pays étranger.

Ce cas n'est qu'une modification du précédent; mais comme il demande quelques arrangements appropriés, il convient d'en faire un chef à part.

Les arrangements suivants auront lieu à l'option du juge :

1° Faire passer la copie au lieu où est l'original, pour qu'elle y soit collationnée;

2° Demander une nouvelle copie faite sur l'original et duement collationnée;

3° Faire venir l'original si la chose est praticable. Ces arrangements seront pris ou non, selon l'importance de la cause, selon l'importance de cet article de preuve et l'opinion qu'on aura de la foi due à la copie. En tout cas il faut assigner un terme, passé lequel, si les opérations susdites n'ont pas eu leur effet, elles seront censées impraticables.

Dans ce cas la décision fondée sur la copie pourra n'être que provisoire et soumise à une restitution éventuelle dans un temps limité.

Troisième cas. L'original est dans une autre province du même état.

Toute la différence entre ce cas et le précé-

dent est que dans celui-ci l'accès à l'original sera toujours aux ordres du gouvernement dans lequel la cause se plaide.

Quatrième cas. L'original est connu pour avoir existé et pour n'être plus en existence.

Dans ce cas la copie doit être admise, sujette à toutes les considérations qui peuvent l'infirmer.

Pourquoi l'admettre?

On ne doit présumer en ce cas ni fraude ni inexactitude. La forgerie par la supposition est hors de question; l'original a réellement existé : la question est de savoir si sa représentation est essentiellement fidèle.

Avant la dépérition de l'original, aucune fraude ne peut avoir existé, à moins que l'évènement de la dépérition n'eût été prévu et préparé. Qui pourrait penser à altérer la copie, puisque ce délit serait tout-à-fait inutile, au moins lorsqu'il est connu qu'aucune copie n'est reçue sans être confrontée à l'original?

Dès que la destruction de l'original est connue, la copie est dès lors exposée à des falsifications; mais elle ne l'est pas plus que l'original même, et cette simple possibilité n'est pas plus une raison pour la rejeter que pour rejeter l'original.

Si l'auteur de la falsification est la partie par qui la copie est offerte en preuve, le cas le plus

naturel est que, pour couvrir la fraude, il a fait périr l'original; mais, ce qui n'est pas moins possible, c'est que l'original ait péri sans sa participation, comme par un incendie accidentel, et qu'alors la facilité de couvrir une fraude lui ait suggéré l'idée d'y avoir recours.

S'il est connu que depuis la destruction de l'original la copie n'a jamais été en son pouvoir, alors tout soupçon de fraude s'évanouit.

Quant à une destruction purement accidentelle, elle ne fournit aucune raison pour refuser l'admission de la copie; car à y supposer même de l'inexactitude, elle peut être au détriment d'une partie comme de l'autre : leurs chances d'avantages et de désavantages sont égales, et leur situation est respectivement la même que s'il n'y avait ni avantage ni désavantage d'aucun côté.

Il est aisé d'imaginer sur ce cas des hypothèses plus ou moins subtiles; mais plus elles seront subtiles, moins elles feront raison pour exclure ce moyen de preuves.

Dans la pratique actuelle (en Angleterre), on reçoit en preuve même un témoignage oral, concernant un écrit qui a péri, et ce n'est pas sans raison. Cependant cette preuve, comme nous le verrons bientôt, est inférieure à celle qui résulte d'une copie.

Cinquième cas. L'original est connu pour avoir existé, mais son existence actuelle est incertaine.

Dans ce cas, le juge doit fixer un terme pour les recherches, passé lequel on supposera que l'original est introuvable ; mais la décision ne sera toutefois que provisoire, et la restitution sera éventuelle dans un temps limité.

Sixième cas. La copie est présentée comme telle, mais l'existence de l'original supposé n'est pas établie.

Dans ce cas la prétendue copie doit être admise, mais sujette à la double défalcation de crédit résultant du doute sur l'existence de l'original et du doute sur la fidélité de la copie, en supposant que c'en soit une.

Dans plusieurs modifications de ce cas, une preuve de cette espèce aura bien peu de force, seule ou par elle-même; mais elle peut au moins opérer comme preuve circonstancielle de l'existence d'un original correspondant, et il est de la nature des preuves circonstancielles d'être susceptibles de tous les degrés de force persuasive.

Si l'original prétendu est de la classe des écrits casuels, il sera bien difficile de déterminer si la copie est en teneur ou en extrait, ou si ce n'est pas même un original.

Si l'original prétendu est de la classe des preuves

préconstituées, il ne pourra point y avoir le même doute à cet égard. Pourquoi? C'est que tout article original de preuve préconstituée porte quelque marque intrinsèque d'authenticité, dérivée de la loi ou de la coutume.

Un autre doute peut s'élever. — Cette copie alléguée est-elle faite sur un écrit original authentiqué, ou sur une esquisse préparatoire de quelque acte qu'on voulait faire authentiquer?—S'il y avait dans l'original quelque formulaire d'attestation, il n'est pas probable qu'on l'eût omis dans la copie; mais si l'original n'était qu'un brouillon, un simple projet, il ne pouvait point y avoir de ces formulaires légaux.

Voici un cas qui appelle particulièrement le soupçon. Une partie offre en preuve un écrit qu'elle donne pour être la copie d'un acte authentique, un contrat, etc., alléguant que cet acte a été autrefois dans sa possession ou dans celle de l'individu qu'elle représente (son ancêtre ou le testateur), mais que maintenant, selon l'expression commune, il est *perdu;* c'est-à-dire qu'on ne sait point qu'il ait été détruit, qu'on n'a point de raison particulière de le croire détruit, mais qu'après toutes les recherches qu'on en a faites, on ne peut ni le trouver ni s'aviser d'aucun moyen pour le découvrir.

Ce cas est manifestement exposé à une fraude

caractéristique. Il se peut que l'acte original n'ait jamais existé, et que la partie, ne voulant pas courir les hasards de forger un écrit, fait et produit cette prétendue copie, estimant que la fraude sous cette forme promet plus de succès ou expose à moins de danger.

Ce qu'on peut dire d'autre part, c'est que l'acte original a existé, mais qu'il est détruit, ou qu'il existe encore, mais qu'il est introuvable ou qu'on le tient caché. Or, comme on ne doit pas présumer la fraude, ou du moins la regarder comme certaine, sans un examen particulier du cas en question, cette circonstance de la *perte* de l'original, quoiqu'elle soit une base de suspicion, n'est pas une raison suffisante pour un rejet absolu de la preuve.

Si celui qui produit la copie peut se référer au copiste même, on aura un moyen de sûreté de plus; de même, si la main peut être connue par d'autres circonstances.

Si l'original est réel, le cas le plus ordinaire est qu'il existe des preuves circonstancielles de son existence et de tout ce qui appartient à sa passation. S'il n'en existe aucune trace, c'est une objection de plus contre la copie alléguée, objection qui ne saurait échapper à l'attention d'un juge.

Il résulte que le danger d'erreur par l'admis-

sion de ce genre de preuves est extrêmement faible, tandis que son exclusion péremptoire doit nécessairement entraîner, dans certains cas, une décision contraire à la justice.

Septième cas. L'original au pouvoir de la partie adverse.

Dans ce cas, aussi long-temps que la partie entre les mains de qui se trouve l'original refuse, après une notification régulière, de le produire, la fidélité de la copie doit être considérée comme établie, de la manière la plus satisfaisante, par l'admission virtuelle de la partie la plus intéressée à en manifester les vices.

Qu'un écrit ait été entre les mains de la partie en question, qu'elle ait pu en abuser, c'est un fait passé, la loi n'y peut rien; mais qu'un écrit qui existe et qui est demandé pour un but judiciaire soit obstinément refusé, c'est un mal qui ne peut avoir lieu que par un vice palpable dans le système de la procédure. La certitude étant donnée qu'un homme possède un document écrit et persiste dans son refus de le produire, on ne doit pas craindre de porter la peine au degré de sévérité, quel qu'il soit, nécessaire pour le réduire à se soumettre aux obligations de la justice. S'il souffre, c'est par son choix; il ne mérite aucune pitié, et l'on ne doit à aucun prix lui laisser le

privilége de persévérer dans une conduite dont l'iniquité est manifeste[1].

[1] La pratique anglaise est extrêmement défectueuse sur ce point; mais c'est un sujet qui appartient particulièrement à la procédure.

CHAPITRE XI.

De la preuve supposée réelle transmise par un témoignage oral ou par écrit.

Dans le plus grand nombre des cas, la preuve réelle ne peut pas être mise sous les yeux du juge. Une maison a été le théâtre du délit, des dégâts ont été commis dans une forêt, une digue a été percée : la chose elle-même ne pouvant pas être transportée, la preuve réelle n'arrive au tribunal que sous la forme secondaire de rapport; et ainsi transmise, son infériorité, comparativement à la preuve réelle immédiate, est aussi manifeste que dans le cas dont nous venons de parler.

L'importance de la preuve réelle a été suffisamment établie à l'occasion des preuves circonstancielles dont elle est une branche; mais il faut rappeler ce qui a été dit d'un genre de fraude dont la preuve réelle est susceptible, et qu'on ne doit jamais oublier quand il s'agit d'en estimer la valeur.

Fraude caractéristique de la preuve réelle.

Le délinquant, ou un ami du délinquant, opérant sur la chose qui est déjà devenue ou dont il

veut faire un article de *preuve réelle*, par rapport au fait principal en question, altère les apparences qui existent, ou en produit de nouvelles qui lui paraissent convenir à son dessein. Ainsi un domestique qui aura volé la vaisselle d'argent dans une armoire dont il a la clef prétendra que des voleurs sont entrés dans la maison, qu'il n'a pu faire aucune résistance; et, pour rendre son histoire plus probable, il aura eu soin de forcer la serrure, il se sera fait quelque blessure; les fragments d'un couteau brisé seront sur la place, ce couteau sera reconnu pour appartenir à un ouvrier du voisinage, auquel il l'a volé pour armer ce témoin muet contre lui. Cette porte enfoncée, ces marques de violence, cet outil laissé sur la place, sont autant de fausses preuves réelles qu'il a forgées pour prévenir l'imputation ou pour s'en défendre. Voilà un exemple, mais il y a nombre de moyens de faire mentir les apparences [1].

La fraude étant commise sur l'objet même, elle passera nécessairement dans le rapport. Mais le juge qui voudrait voir la chose par ses yeux y

[1] Les sauvages de l'Amérique, quand ils sont poursuivis, savent éluder l'ennemi en marchant en arrière; en sorte qu'ils paraissent venir du lieu où ils vont.

Les stratagèmes de guerre consistent presque tous dans ce genre d'artifice, faire paraître ce qui n'est pas, ou cacher ce qui est.

serait trompé comme tout autre auquel il s'en remet. Il n'y a point ici de témoin extrajudiciaire. Au lieu d'une *personne interrogeable*, il n'y a dans ce cas qu'une *chose ininterrogeable*.

Modifications de preuves réelles transmises.

Le rapport sur l'état de la preuve réelle en question peut être transmis au juge sous toutes les formes testimoniales.

1° Témoignage oral : témoignage juridique avec toutes ses garanties.

2° Preuve par écrit casuel : notes ou minutes des apparences exhibées par la chose ; prises par un individu privé, lorsque ces apparences étaient encore récentes ; prises soit au moment de l'inspection, soit immédiatement après, soit après un plus long intervalle.

3° Preuve par écrit : prise par un témoin officiel, non par le juge lui-même, mais par quelque personne de confiance, appointée pour cet effet par une désignation générale de la loi ou par la nomination spéciale du juge.

4° Témoignage judiciaire, soutenu par des notes écrites, contenant les résultats de l'inspection, faite à une époque antérieure à celle où l'enquête légale aurait pu avoir lieu.

Comparaison de la force probante entre la preuve réelle immédiate et la preuve réelle transmise.

La différence est beaucoup moins grande dans cette classe de preuves que dans les autres, entre la preuve inférieure et la preuve correspondante régulière.

1° La personne qui fait le rapport peut être un témoin officiel ou nommé même par le juge; de là le danger de fraude est réduit à son moindre terme.

2° La personne ainsi choisie sera naturellement une personne douée de l'instruction particulière requise pour l'objet particulier de la déposition ; ce sera un témoin scientifique, un *expert*. De là le danger d'erreur pour le juge, sans fraude de la part du témoin, est encore réduit à son moindre terme.

Si dans ce cas le *rapport* est inférieur à la preuve réelle *immédiate*, ce ne peut être que par la nature particulière des choses en question, qui les rendent inhabiles à être transmises exactement : les perceptions qu'elles font naître dans l'esprit du témoin étant telles qu'il ne peut les transmettre par le moyen du langage, sans les altérer essentiellement.

C'est là ce qui constitue le désavantage de la

preuve réelle transmise, comparativement à la preuve réelle immédiate.

Considérée sous un autre point de vue, elle vaudra mieux dans certaines circonstances. Si le juge s'est transporté sur les lieux, s'il a vu lui-même l'état des choses, le public possède en cela une sûreté qui est proportionnée à l'idée qu'on a de la probité du juge et de sa capacité. Mais si vous supposez quelque doute à cet égard de la part du public, le rapport par un témoin officiel vaut mieux que la preuve immédiate ou l'inspection du juge. Le juge, en le supposant seul sur le lieu de l'action, peut, s'il a une partialité, chercher à voir les choses qui favoriseraient son penchant et sa conscience, et dont il déduirait tout ce qu'il y a de propice à la cause qu'il préfère. Ce qu'il voit ainsi, le voit-il dans le caractère de témoin? non, mais dans celui de juge : il n'est ni interrogé ni examiné; il ne rend compte qu'à lui-même de l'impression qu'il a reçue : son opinion n'est pas contrôlée par un supérieur.

Au lieu que dans le cas opposé, lorsque le rapport est présenté au juge par un témoin officiel, ce témoin est examiné sur le même pied que les témoins ordinaires, en public, avec toutes les sanctions et les sauve-gardes possibles.

Dans un des cas, le juge prononce sur des *données* qui ne sont pas connues du public, et le

public en conséquence n'a point de contrôle à exercer sur lui; dans l'autre cas, le juge prononce d'après des données qui sont sous les yeux du public comme sous les siens.

Mais si le juge, en se transportant sur le lieu, s'accompagne de témoins, la preuve immédiate conserve sa supériorité sur la preuve transmise. Il fera entendre les témoins, et sa décision sera fondée sur leur rapport et sur ses propres observations.

CHAPITRE XII.

Sauve-gardes contre les preuves inférieures.

Après avoir expliqué en quoi consiste l'infériorité des preuves dont nous avons traité dans ce livre; après avoir prouvé qu'il était souvent nécessaire de les admettre; que du côté de l'admission il y avait simplement un danger, que du côté de l'exclusion il y avait un mal certain; il faudrait développer les précautions avec lesquelles on doit les recevoir, ou, en d'autres termes, les sauvegardes dont on doit les entourer; mais ce sujet sera mieux à sa place dans le livre suivant, qui traitera de l'*exclusion* en général, et qui est un complément nécessaire de celui-ci. C'est là où nous verrons, en nous résumant, que la connaissance du danger est par lui-même un puissant préservatif, mais qu'il est d'autres moyens à la disposition du législateur pour le réduire à son moindre terme.

LIVRE VII.

DE L'EXCLUSION DES PREUVES.

CHAPITRE PREMIER.

Des diverses sources d'exclusion.

Les témoins sont les yeux et les oreilles de la justice. Plus cette vérité est évidente, moins on conçoit que le système d'exclusion, par rapport à des classes nombreuses de témoins, ait si généralement prévalu. Ce serait un tableau curieux que celui des règles diverses et contraires adoptées sur ce point par les jurisprudences les plus célèbres. On a ôté le droit de témoigner à raison de l'âge, considéré comme incapable de confiance ou de discernement; à raison du sexe, les femmes étaient envisagées comme ne sortant jamais de l'enfance; à raison de la servitude, des esclaves ne pouvaient pas témoigner contre des hommes libres, des domestiques contre leurs maîtres; à raison de la parenté, c'était violer une relation morale ou un droit naturel que de faire déposer

une femme contre son mari, un enfant contre son père, un proche contre un proche ; à raison de la religion ou du culte, les ennemis de la foi ne doivent pas être écoutés contre un fidèle, et ceux qui refusent une certaine forme de serment n'étaient dignes d'aucune créance; à raison de la couleur, un noir n'était pas censé un homme quand il s'agissait de déposer contre un blanc; à raison de la dignité des personnes, la dispense de rendre un service à la société fut un privilége d'honneur; à raison d'un intérêt pécuniaire dans la cause, comme si tout intérêt, même le plus faible, devait anéantir la probité ; à raison, enfin, d'une condamnation juridique à laquelle on attachait arbitrairement cette déchéance. En un mot, il n'est point de prétexte qui n'ait servi chez quelque peuple à exclure des classes de témoins. Réunissez tous ces prétextes, il n'y aurait plus de témoignage admissible en justice.

Ne jugeons de rien sur des autorités; cherchons des raisons. Nous avons à examiner s'il y a des cas où l'exclusion du témoignage, ou, pour employer un terme plus général, l'exclusion des preuves est convenable; mais auparavant voyons comment elle peut s'opérer.

CHAPITRE II.

Des divers modes d'exclusion.

L'exclusion peut s'opérer par deux moyens, l'un *positif*, l'autre *négatif*. Elle a lieu *positivement*, lorsque, dans le cas même où le témoin serait produit ou offert, on ne souffrirait pas qu'il fût entendu. Elle a lieu *négativement* lorsqu'à dessein ou par négligence, les moyens nécessaires pour obtenir le témoignage ayant été omis, le service n'est pas rendu; cette omission est ce que j'entends par *exclusion négative*.

CHAPITRE III.

Maux de l'exclusion.

L'exclusion de toute preuve serait l'exclusion de toute justice.

Le mal qui peut résulter de la non-admission d'une preuve dépendra des circonstances suivantes :

1° Relativement au fait dont il s'agit, la cause fournit-elle ou non d'autres témoins en faveur de la même partie ?

2° La partie à qui l'on ôte le secours de ce témoin est-elle le demandeur ou le défendeur ?

3° La cause est-elle pénale ou civile ?

Ces circonstances présentent huit cas différents.

Premier cas. La cause est pénale; la partie est celle qui porte plainte; le témoin exclus est le seul à avoir de son côté.

Mal de l'exclusion. Permission virtuelle donnée à tout homme méchant et violent de commettre toute espèce de crimes en présence et sur la personne des individus ainsi privés de la faculté de



témoigner. C'est ainsi que dans les colonies des Indes occidentales, un homme libre, à la seule condition de ne pas se donner un autre homme libre pour témoin de son action, peut à plaisir s'abandonner à tous les actes de tyrannie, le meurtre excepté, sur la personne de tous les esclaves, c'est-à-dire de la plus grande partie de la population.

Second cas. La cause est civile; la partie est le demandeur; le témoin exclus est le seul à avoir de son côté.

Mal de l'exclusion. Permission virtuelle donnée à tout homme injuste de frustrer tout autre de tous les droits auxquels le secours du juge est nécessaire, et par conséquent de rendre vaine à son égard la promesse de la loi.

Troisième cas. La cause est pénale; la partie est l'accusateur; le témoin exclus est le seul à avoir du côté du prévenu.

Mal de l'exclusion. Pouvoir donné à tout individu pervers d'intenter les accusations les plus fausses; au moyen d'un seul faux témoin; de faire convaincre la personne la plus innocente, et de lui faire subir la peine de toute espèce de transgression.

Toutefois, dans ce cas, le succès de l'iniquité n'est pas si assuré que dans les deux précédents. Pourquoi? c'est qu'il faut que l'accusateur trouve

une personne disposée à agir dans le caractère de faux témoin; et ce faux témoin, soumis à un contre-examen, peut être convaincu de mensonge par les contradictions de son témoignage et par d'autres circonstances de la cause.

Quatrième cas. La cause est civile; la partie est le défendeur; le témoignage exclus est le seul à avoir de son côté.

Mal de l'exclusion. Pouvoir donné, comme dans le cas précédent et avec la même limite, de soumettre un individu quelconque à toute espèce d'obligations onéreuses, jusqu'à la perte totale de ses biens, et au profit même de la personne par qui ce pouvoir malfaisant est exercé.

Les quatre autres cas ne diffèrent de ceux-là que par une seule circonstance, c'est que le témoignage exclus n'est pas le seul à avoir du même côté; or, dans ce cas, la probabilité du mal que l'exclusion tend à produire va en diminuant dans la proportion du nombre de témoins admis.

Homme injuste, consultez votre procureur ou vos livres de loi; observez diligemment toutes les espèces de témoins qui pourraient mettre votre mauvaise foi en évidence s'ils étaient entendus, mais dont, par le principe d'exclusion, vous n'avez rien à craindre : plus il y aura de ces témoins dont on vous délivre, plus vous ferez le mal avec sûreté.

Ainsi, en résultat général, le principe d'exclusion est mauvais par ses effets ou par sa tendance : il encourage toutes les dispositions malfaisantes, parcequil augmente la probabilité de succès pour toutes les causes iniques.

Exclure une classe de témoins, c'est permettre toutes les transgressions imaginables en présence d'un témoin de cette classe.

Requérir deux témoins pour la conviction, c'est permettre toute espèce de transgression en présence d'un témoin unique[1].

[1] Par une disposition des anciennes lois des cantons de Berne et de Vaud, il fallait le témoignage de deux femmes pour contre-balancer celui d'un homme. Elle a été abandonnée, non sans peine, dans leurs nouveaux codes de procédure civile. Celui de Berne est de 1821 ; celui de Vaud de 1824.

CHAPITRE IV.

Principes sur l'exclusion.

Il y a toutefois des cas où l'exclusion sera convenable.

Elle n'est jamais utile pour atteindre le but direct de la justice (la conformité de la décision avec la loi), mais elle peut l'être pour un but collatéral, qui est de la plus grande importance pour les parties, quoique malheureusement il soit quelquefois en opposition avec le but direct; c'est-à-dire que l'exclusion sera toujours un mal, mais un mal inférieur aux autres; un mal inférieur à celui des délais, des vexations, des frais qui résulteraient de l'admission nécessaire de tels ou tels témoignages.

Cette exclusion doit être considérée sous le même point de vue que les peines légales: toujours un mal, mais un mal auquel il faut se soumettre pour en éviter un plus grand.

Les règles suivantes, que personne ne conteste en principe, quoique l'on dispute sans cesse sur leur application, peuvent être rappelées ici pour nous servir de guide dans la pratique:

1° Ne pas produire un mal plus grand que celui qu'on veut prévenir;

2° Ne pas exclure un plus grand bien pour un bien inférieur;

3° Ne pas produire un mal prépondérant en voulant procurer un bien quelconque;

5° Ne pas exclure un bien prépondérant en cherchant à exclure un mal.

Nous avons donc ici une balance à faire entre les inconvénients et les avantages.

Par rapport aux maux à prévenir par l'exclusion, c'est-à-dire erreur de décision d'une part, délais, vexations, frais, de l'autre part; il y a une grande différence à observer dans l'effet.

Si les délais, les vexations, les frais, sont les maux qu'on veut prévenir, l'exclusion agit comme un remède infaillible.

Mais par rapport aux erreurs dans la décision, l'exclusion produit toujours une certaine probabilité au préjudice de l'une des parties.

Cette distinction est d'une grande importance relativement à la pratique anglaise. L'exclusion, en tant qu'appliquée à prévenir les erreurs de la justice, c'est-à-dire à écarter des témoignages qu'on préjugeait déceptifs, a été admise avec une prodigalité remarquable. L'exclusion, en tant qu'appliquée à sauver les délais, les vexations et les frais, a été admise avec la plus grande réserve,

et même presque jamais dans ce but. Ainsi, dans les cas où cette médecine est d'une efficacité certaine, on en a fait un usage très rare; dans ceux où elle ne peut produire que des effets tout au moins dangereux, on en a fait un usage très fréquent.

CHAPITRE V.

Des causes qui rendent l'exclusion toujours convenable.

Quoique les témoins ne doivent pas être exclus, il y a des cas où le témoignage doit être éliminé : ceci doit avoir lieu, 1° lorsqu'il n'est pas pertinent; 2° lorsqu'il est superflu.

Dire d'un témoignage qu'il n'est pas *pertinent*, c'est dire qu'il est étranger à la cause, qu'il n'a point de liaison avec elle, qu'il ne sert point à prouver le fait en question; c'est dire en un mot que ce n'est pas un témoignage.

Dire d'un témoignage qu'il est *superflu*, c'est dire que s'il était admis il n'ajouterait rien à l'effet des autres témoignages, il ne pourrait contribuer en rien à la découverte de la vérité.

Les témoignages non-pertinents sont plus nuisibles que les témoignages superflus. Ceux-ci produisent pour le juge une perte de temps, et pour les parties une quantité proportionnelle de frais, de vexations et de délais; mais les premiers, outre ces inconvénients, ont celui de couvrir le procès de nuages, de créer des incidents dans lesquels on s'égare, de jeter dans l'esprit des juges des

doutes et de l'hésitation; et c'est un mal plus grave encore par rapport à un jury, parceque les hommes qui le composent ayant moins d'expérience que les juges, ne savent comment sortir de ce labyrinthe. La cause n'est en état de se développer sous son vrai caractère qu'après que tous les témoignages non-pertinents ont été mis à l'écart.

Tout témoignage peut, par accident, être superflu; mais il en est un qui, hors un cas particulier, mérite expressément cette désignation : être superflu est son essence. Je veux parler du *ouï-dire*.

Le cas particulier où le simple ouï-dire est admissible est celui où il n'existe aucune preuve physique ou morale, où l'on est réduit à recevoir ce témoignage, tout inférieur qu'il est, parceque la source d'où il est puisé n'existe plus.

On peut encore y avoir recours dans un cas accidentel, lorsqu'après avoir ouï le témoignage original, on croit convenable d'en appeler à ce témoignage dérivatif pour servir d'épreuve et de pierre de touche à la vérité du premier : par exemple, tel témoin qui dépose d'un fait comme s'étant passé sous ses yeux, rend-il un témoignage qui s'accorde avec ce qu'il en a dit occasionellement à d'autres personnes?

Ce qui a été dit du ouï-dire peut s'appliquer aux *transcripts*. Y a-t-il des cas où, l'authenticité

d'un acte écrit étant en question, il pût être utile d'en appeler à une copie ? Oui ; par exemple, dans le cas où, par rapport à l'acte écrit, il s'élève un soupçon qu'il a été falsifié postérieurement à la copie.

On fait une objection : dès que vous voulez écarter les témoignages non-pertinents et les témoignages superflus, vous donnez au juge un pouvoir sujet à de grands abus ; car celui qui peut décider des questions de cette nature est maître de la cause. Je réponds que ce pouvoir n'est pas plus grand, ou qu'il n'y a pas plus de danger dans ce pouvoir que dans la plupart de ceux qu'il faut nécessairement laisser au juge, et qui sont de l'essence de ses fonctions. La publicité est le préservatif de l'arbitraire.

Ce pouvoir de prononcer sur des témoignages, de les écarter comme non-pertinents ou superflus, n'en est pas moins nécessaire, quel que soit l'abus dont il est susceptible. Car si une telle sauvegarde n'existait pas, dans combien de causes l'homme d'une opulence supérieure ne pourrait-il pas accabler son adversaire de délais, de vexations et de dépenses ?

Une autre objection se présente encore. Exclure des témoignages comme non-pertinents ou superflus avant de les avoir entendus, n'est-ce pas tomber dans une contradiction manifeste ? Peut-

on prononcer sur eux sans les connaître? — Il y a en ceci une équivoque à éclaircir. On n'exclut pas directement le témoignage lui-même: on exclut le fait pour lequel le témoignage serait demandé. Ce que le juge déclare revient à dire: « Ce » fait que vous demandez à prouver, comme ser- » vant à établir le fait principal en question, n'a » point de liaison avec lui; ou cette liaison est » trop faible, trop éloignée, pour contre-balancer » l'inconvénient qui naîtrait de la preuve. »

CHAPITRE VI.

Des cas où l'exclusion peut être convenable pour éviter les délais.

Dans un pays où les liens légaux qui unissent un homme à un autre peuvent être répandus sur la surface entière du monde policé, il n'y a point de limite déterminée à l'intervalle qui peut s'écouler avant qu'on puisse obtenir dans une cause tel ou tel témoignage, tel ou tel article de preuve nécessaire à l'instruction du juge et à la droiture de sa décision.

Cependant refuser à une partie le délai nécessaire pour la production de ses preuves, c'est en réalité exclure la preuve.

Cette exclusion, dans un tel état de choses, peut-elle être en quelque cas convenable? — Oui, et l'on ne saurait le nier, si l'on considère que, dans le même cas individuel, il peut arriver que pendant que le juge attend cette preuve placée à un aussi grand éloignement, d'autres preuves non moins essentielles peuvent périr ou n'être plus obtenables.

Il est vrai que si la preuve B peut être obtenue, il ne faut pas courir le risque de la laisser perdre,

par la seule raison que la preuve A ne peut encore être produite.

Mais il peut encore arriver dans le même cas individuel que, pendant que la décision est retardée faute d'une preuve distante que le défenseur assure, faussement ou non, être en état de procurer, le demandeur, avec le bon droit de son côté, se trouvera exposé à un dommage irréparable.

Dans un tel état de choses, le législateur n'a que le choix entre les maux, et tout ce qu'il peut faire est de les réduire à leur moindre terme.

Le plus juste tempérament indiqué par la nature du cas semble être celui-ci : que le juge prononce provisoirement en faveur du demandeur, sans différer pour la preuve éloignée; mais qu'il prononce une sentence qui puisse être révoquée ou modifiée, dans le cas où le défendeur produirait la preuve en question dans un temps limité, qu'on pourrait étendre ensuite pour de justes causes : le demandeur, avant d être mis en possession, sera tenu de fournir une sûreté pour la restitution éventuelle.

Ces jugements provisoires eux-mêmes ne seront pas rendus sans preuves; mais la base sur laquelle ils porteront, par défaut de la preuve attendue, est ce qu'on peut appeler une *preuve du second ordre*, une *preuve de preuve*.

CHAPITRE VII.

Des cas où l'exclusion peut être convenable pour éviter les vexations.

Les vexations par fait de témoignage peuvent se distinguer en deux classes: vexations *générales* et vexations *spéciales;* celles-ci sont comprises sous le nom de *révélations* ou de *confessions.*

J'entends par vexations générales toutes les fatigues ou peines inutiles qui peuvent concerner les différentes classes de personnes intéressées dans une cause : juges, officiers subordonnés de la justice, jurés, parties, témoins et autres individus qui peuvent se trouver occasionellement appelés à prendre un rôle actif dans une enquête juridique.

Par rapport aux juges et aux jurés, quand les témoignages sont de nature à produire dans leur esprit de l'hésitation et de la perplexité, il en résulte le danger de mal saisir la cause et de rendre une décision *erronée.* Cette incertitude si pénible est souvent irremédiable. Nous avons déjà vu qu'il faut, autant qu'on le peut, écarter les témoignages non-pertinents et les témoignages su-

perflus, ces deux grandes sources de confusion et de travail inutile. Cette séparation sera le principal mérite d'une *instruction* bien conduite.

La production des preuves est pour les parties une source de frais et d'embarras. Découvrir des documents, chercher des témoins, les procurer, les faire paraître, c'est avoir à lutter contre la ruse qui cache les preuves, contre la paresse et l'indifférence, contre une foule d'intérêts qui voudraient se soustraire à des fonctions onéreuses. Toutefois, si la partie intéressée estime que l'avantage qui peut résulter pour elle de la comparution de tels ou tels témoins, de l'exhibition de telles ou telles preuves, l'emporte sur l'inconvénient des frais, il n'y a point de raisons pour refuser ce qu'elle demande; elle est seule compétente pour juger si ces frais sont plus que balancés par l'avantage qu'elle en attend.

Mais les inconvénients majeurs sont ceux qui affectent les personnes appelées à témoigner. Cette situation les soumet quelquefois à une série de vexations de toute espèce, pour ainsi dire infinies et illimitées. S'il ne s'agissait que des frais auxquels on les expose, c'est un mal susceptible de compensation; mais dans combien de cas une compensation pécuniaire est-elle tout-à-fait disproportionnée à la *perte de temps*, à cette perte qui peut entraîner tant de conséquences casuelles,

qui embrasse tous les évènements possibles. Dans le cours le plus commun des affaires, l'état de témoin est par lui-même extrêmement pénible par les déplacements, par les courses entre sa demeure et le siége de la justice, par l'ennui d'attendre les comparutions dans les tribunaux, et par une multitude de désagréments difficiles à détailler : tout cela se trouve dans une juridiction de peu d'étendue; mais que sera-ce si le champ géographique d'un tribunal embrasse un grand pays? si la résidence du témoin n'est pas dans les limites du royaume? Il faut convenir que de telles circonstances présentent des raisons bien plausibles et souvent bien justes, soit pour des délais, soit pour des exclusions définitives.

Voilà encore une grande raison pour écarter, autant que possible, tous les témoignages non-pertinents et superflus. Mais de plus, dans le cas où les circonstances du témoin désiré seraient telles que la comparution entraînerait pour lui des inconvénients trop graves, on pourrait recourir à l'un ou à l'autre des expédients suivants : 1° un interrogatoire oral par une judicature *ad hoc*, ou par une commission spéciale nommée pour cet objet particulier; 2° un examen dans le mode épistolaire, si le cas est de ceux qui demandent un contre-examen; ou une simple déposition spontanée, faite sans se déplacer, comme

on en à l'exemple en Angleterre, dans ce qu'on nomme les *affidavit.*

Quoi qu'il en soit de ces vexations, accompagnement nécessaire de l'état de témoin, si le témoignage est important, il ne doit jamais être exclus par cette considération seule. C'est une obligation que la loi doit rendre universelle, et chacun doit la considérer comme une première condition de l'assurance sociale.

Mais, en même temps que le législateur doit établir un système de procédure qui assure l'exécution de ce devoir, il a beaucoup à faire pour en rendre le fardeau aussi léger que possible.

CHAPITRE VIII.

Suite des causes qui rendent l'exclusion convenable. Vexation par révélation.

Être contraint à subir un interrogatoire juridique, à faire des aveux ou des révélations que, par toute sorte de motifs, on voudrait éviter, c'est une obligation très pénible, et rien n'est plus naturel que la répugnance qu'on éprouve à s'y soumettre : mais la justice ne vit que de révélations ; et puisque ce mal est inévitable, tout ce qu'on peut faire est de le réduire à son moindre terme, en distinguant les cas où la révélation est exigible, et ceux où elle ne doit pas l'être.

Elle est exigible, quelles que soient les conséquences pour les parties interrogées, lorsqu'elle est nécessaire pour éclairer la justice et la conduire à une bonne décision.

En effet, si la conséquence qui en résulte est la condamnation d'un individu, cette condamnation civile ou pénale est dans le vœu de la loi : le mal qui en résulte est plus que compensé par le bien.

Non seulement la révélation ne sera pas exi-

gible, elle ne sera pas même reçue, et le juge devra donner la plus grande attention à la prévenir , lorsqu'elle ne serait pas nécessaire à la découverte de la vérité.

Nous avons déjà vu qu'on devait rejeter les témoignages non pertinents ou superflus, comme nuisibles à la clarté et à l'expédition d'une cause ; mais il y a une raison de plus et une bien forte raison pour les exclure, lorsqu'ils entraîneraient des révélations vexatoires.

Lors même que, sans être notoirement superflus, ils seraient de nature à vexer les parties ou les témoins, à compromettre des intérêts publics ou des individus étrangers à la cause, il faut les écarter, à moins d'une nécessité absolue.

Entre les maux qu'entraînent les procès, l'un des plus communs et des plus graves est l'animosité des plaidoiries : les parties irritées convertissent le temple de la justice en une arène de gladiateurs; et, moins ardents à se défendre eux-mêmes qu'à attaquer leurs adversaires, les plaideurs se poursuivent par des questions qui n'ont d'autre but que de ruiner mutuellement leur réputation. Encore moins peut-on justifier des avocats qui, chargés d'un courroux d'emprunt et d'une haine mercenaire, pour décréditer un témoin ou leur partie adverse, vont fouiller dans les particularités de leur vie pour y trouver des

faiblesses ignorées, et se font un mérite de ce lâche succès.

C'est à la prudence du juge à prévenir ces scandaleux débats, mais il n'y a point de règle absolue à tracer. Tout ce qu'on peut faire se borne à présenter les considérations d'après lesquelles le juge peut exiger ou refuser telle ou telle révélation particulière.

1° Toute révélation qui, étant préjudiciable à l'individu principalement intéressé, n'aurait pas été exigible de lui, ne doit pas être exigible de la part de son confident.

2° Mais si le principal lui-même n'est pas dans une de ces situations particulières qui le dispensent de l'obligation de révéler, le dépositaire confidentiel ne doit pas en être exempt.

En effet, si on n'a pas égard au plus fort de tous les motifs, l'intérêt personnel, on ne doit pas avoir égard à celui de la sympathie; d'ailleurs, si cette sympathie gagnait de proche en proche, on n'aurait plus de témoins.

3° Il est certaines transgressions (en matière de mœurs, par exemple) dont le mal est uniquement ou principalement produit par la révélation. Si, dans une cause civile ou pénale qui se rapporte à un objet différent, on vient à demander un témoignage qui peut exposer une personne au soupçon d'une transgression de cette nature, il doit

8.

être laissé au choix du juge de requérir ce témoignage, ou de le permettre sans le requérir, ou de l'exclure absolument, selon les circonstances.

Si la faute peut rester inconnue sans nuire à personne, il est évident que le juge ne doit pas admettre le témoignage : ce n'est pas même assez. Nous pouvons supposer des cas où il s'agit d'un très petit intérêt, mais où le défendeur pourrait être entièrement disculpé s'il pouvait exiger d'un témoin la révélation d'un fait qui perdrait une femme de réputation, qui établirait un inceste ou un adultère, etc. Il n'est pas moins évident que le juge devrait exclure le témoignage, même au détriment du défendeur. Mais tout ceci dépend des degrés, et même c'est un de ces cas où il s'agit d'user de moyens de persuasion pour engager l'individu à se désister lui-même de sa demande.

4° Dans le cas où la révélation peut être nuisible à quelque individu, sans paraître inutile à la cause, le juge peut encore différer de l'admettre, jusqu'à ce qu'il ait reconnu sa nécessité, à défaut d'autre moyen suffisant. Plus il est probable qu'il peut obtenir ses fins sans y avoir recours, moins il y a de raison de l'employer, au risque du mal qu'elle peut produire.

5° Il doit examiner encore si la révélation demandée est de telle nature qu'elle aura lieu par d'autres moyens, lors même qu'elle n'aurait pas

lieu par le témoignage. Plus il est probable que le fait en question deviendra public et notoire, plus l'inconvénient du témoignage diminue.

6° Enfin, s'il s'agit de causes qui se rapportent à des procès politiques, à des questions d'une importance nationale, on pourrait demander telle révélation qui serait préjudiciable au public. Le juge ne doit pas être seulement autorisé à l'arrêter provisoirement, il doit lui être enjoint de la refuser ou de la modifier. Mais il doit en même temps déclarer pour quelle raison il agit ainsi, et communiquer la chose au chef du département que la révélation pourrait concerner. Il doit fixer le jour où elle sera exigible, s'il n'y a point de raison suffisante pour l'écarter.

C'est ainsi, pour citer un exemple qui ne se rapporte pas à des causes judiciaires, que dans les chambres du parlement on voit tous les jours des informations demandées et refusées sur ce principe, et ce refus sanctionné par la majorité. On dira peut-être que ces refus sont souvent fondés sur la coalisation des personnes intéressées à maintenir des abus, et à ne pas laisser soulever le voile qui les couvre. Quoi qu'il en soit à cet égard, on ne saurait nier que cette faculté de refuser ne soit une des sauvegardes nécessaires de tout gouvernement.

Observons que le mal des révélations peut être

évité dans plusieurs cas par l'adoption de la procédure privée, lorsque les parties ou l'une des parties la demande. (*Voy.* liv. II, ch. XI.) Supposez que dans une affaire litigieuse on ait à redouter le ressentiment d'un individu qui, en vertu de ses relations domestiques avec sa partie adverse, la tient dans sa dépendance et peut la rendre malheureuse avec impunité, un père, un mari, un fils, un pupille, un supérieur en office, un associé de commerce; — qu'y a-t-il de plus conforme à la procédure *naturelle* que d'examiner les témoins hors de la scène du public, mais toujours en présence d'assistants nommés par les parties intéressées, et en leur enjoignant à tous le secret?

J'entends les objections sur toute cette doctrine. Voilà bien de l'arbitraire; les juges pourront en abuser. Je réponds qu'en fait de justice, ce qu'on doit craindre, ce sont les pouvoirs qu'ils usurpent contre la loi plutôt que ceux qu'ils tiennent d'elle et dont ils ne peuvent user que sous les yeux du public, qui les regarde avec défiance. Ce qu'on doit craindre le moins, ce sont des pouvoirs discrétionnaires qui ne leur sont confiés qu'à la condition expresse de motiver à chaque fois l'usage qu'ils en font. Ce frein est suffisant, parcequ'il leur laisse la responsabilité tout entière.

CHAPITRE IX.

Révélation de la confession religieuse.

Question. Dans une cause pénale ou non pénale, un prêtre catholique doit-il être contraignable ou recevable à révéler une communication qui lui a été faite, en cette qualité, par voie de confession, selon les rites et la persuasion de l'église catholique (ou de toute autre)?

Réponse. Ni contraignable ni recevable.

La loi qui rendrait la déposition du prêtre contraignable ou recevable aurait, dans sa nature, l'effet d'une loi pénale qui, pour les cas les plus importants, et particulièrement pour les cas criminels, interdirait l'exercice de la confession, puisque l'individu qui se serait confessé d'un crime s'exposerait à la conviction par le témoignage du prêtre.

Dans toute cause qui serait dirigée contre un catholique, le premier objet du demandeur ou de l'accusateur serait de parvenir à connaître le confesseur de sa partie adverse et de le sommer comme témoin.

Une loi de cette nature serait donc en contra-

diction avec la loi de l'état, qui autorise l'exercice de la religion catholique. Ce serait un acte de tyrannie contre les consciences.

On pourrait dire encore que, bien loin de porter atteinte à la confession, on devrait l'encourager, comme ayant une tendance salutaire en général; et en effet, si elle était toujours ce qu'elle devrait être, il n'y a pas de doute qu'elle ne fût un frein pour le crime, un moyen d'obtenir la réparation de beaucoup d'injustices. Mais l'abus est si près de l'usage! tous les modes d'expiation sont si dangereux pour la morale! il est si facile d'en faire un instrument politique! *Scire volunt secreta domûs atque indè timeri.* Je ne suis pas appelé à entrer dans cet examen. Je dirai toutefois qu'en comparant la moralité des pays protestants et des pays catholiques, on ne trouve pas de quoi justifier les éloges donnés à la confession par ses défenseurs[1].

[1] La confession me paraît une institution de l'utopie, admirable si elle ne supposait pas l'impossible, si elle n'était pas exercée par des hommes.

CHAPITRE X.

De l'exclusion du témoignage entre certaines relations.

Doit-on contraindre un mari ou une femme, doit-on même les admettre à déposer l'un contre l'autre?

La jurisprudence anglaise a décidé pour la négative, par une suite de la première erreur. Une femme peut répugner à témoigner contre son mari, un mari doit répugner à ce que sa femme dépose contre lui; mais qu'est-ce que leur répugnance, comparée à la nécessité de découvrir l'auteur du crime?

C'est troubler la confiance domestique. De qui? de ceux qui en abusent pour troubler la confiance publique. Un scélérat qui aurait pu être convaincu du plus grand forfait par la déposition d'une femme n'aurait donc qu'à faire intervenir la cérémonie du mariage pour n'avoir plus rien à craindre de sa part? Il ne faut point ouvrir d'asile aux criminels; il faut détruire toute confiance entre eux, s'il est possible, jusque dans l'intérieur de leur maison. S'ils ne peuvent trouver ni protecteurs mercenaires parmi des juristes, ni

recéleurs dans leurs propres foyers, où serait l'inconvénient ? Les voilà réduits à observer les lois, à vivre en gens de bien !

Mais la crainte du faux témoignage !.... Si cette crainte devait arrêter dans ces cas, elle devrait arrêter dans mille autres où l'on impose l'obligation de témoigner. Ici le faux témoignage est d'autant moins à craindre, qu'il est plus naturel de s'en défier. On se tient aisément sur ses gardes avec des témoins si intéressés : leur déposition vaudra plus ou moins; il n'appartient qu'au juge de l'apprécier, selon les circonstances particulières.

En excluant le témoignage direct de la femme, la loi anglaise admet son témoignage indirect. Ses lettres, ses propos déposés par un tiers, peuvent faire preuve contre le mari. Toutes les exceptions sont bonnes à proportion de ce que la règle est mauvaise.

Si la relation conjugale n'est pas une raison suffisante d'exclusion, aucune ne peut l'être, ni celle de père ni celle d'enfant. Il serait toujours à désirer qu'on pût se passer d'un pareil témoignage; il blesse un sentiment naturel, il est suspect de partialité : mais, d'un autre côté, quel danger n'y aurait-il pas à dire aux infracteurs des lois : « Voilà des individus devant lesquels vous » pouvez vous permettre des crimes en toute

» sûreté : ce qui n'est vu que de deux n'est vu de » personne. De peur de les affliger, on ne leur fera » aucune question qui puisse vous nuire[1]. »

Il faut rappeler ici à ceux qui, frappés des abus d'une procédure tyrannique, croiraient en retrouver ici les caractères les plus dangereux, que les mêmes pouvoirs nominaux sont bien différents en réalité, selon que les juges les exercent dans le secret ou sous les regards du public, selon qu'ils agissent sans responsabilité ou qu'ils sont soumis à la responsabilité la plus sévère et la plus inévitable. Aurait-on osé *en public* interroger des enfans de sept ans sur la conduite politique de leur père, sur ses propos, sur ses habitudes? aurait-on osé les intimider, leur faire des questions captieuses? Je ne cite ces faits, si l'on veut, que par supposition, mais cette supposition ne serait pas admissible dans un tribunal sous la sauvegarde de la publicité, encore moins dans un tribunal par jury.

[1] Ce témoignage n'est pas exclus dans la loi anglaise. On voit dans le calendrier de Newgate le procès d'un cordonnier qui, ayant pendu sa femme, fut condamné sur la déposition de sa fille. S'il eût commis le même crime sur sa fille, sans autre témoin que sa femme, il n'aurait pas pu être puni.

CHAPITRE XI.

Examen d'un autre cas de vexation. De l'inculpation de soi-même [1].

Parmi les singularités de la loi commune en Angleterre, la plus remarquable est la règle qui défend de faire à l'accusé aucune question judiciaire d'où l'on pût tirer la preuve de son délit. Dans le cas où une telle question lui serait faite, il n'est pas tenu d'y répondre, et son silence ne doit fournir aucune présomption légale contre lui.

Telle est la règle. Je ne dis pas qu'on la suive toujours scrupuleusement; il y a des inconséquences, il y a des variations; mais quoique les mauvais effets du système en soient un peu atténués, il en reste assez pour exciter les regrets de tout homme qui, ayant réfléchi sur la jurisprudence pénale, ne voit, dans cette indulgence,

[1] *Inculpation de soi-même* est le mot propre, et non *accusation de soi-même. Nemo tenetur seipsum accusare.* Accusation implique spontanéité; mais celui qui répond ne fait pas un acte spontané. Un homme peut *s'inculper* par son silence; mais quand on dit que son silence l'*accuse*, on emploie une phrase de rhétorique.

qu'une cause fréquente d'impunité et un encouragement à toute espèce de crimes.

Le préjugé en faveur de cette règle est tellement enraciné, on a tellement fasciné l'esprit public avec les mots de prudence, de sûreté, de sensibilité, et de respect pour les malheureux, qu'il faut plus de courage pour combattre en Angleterre cette opinion nationale, que pour attaquer des intérêts plus puissants et plus dangereux. Cherchons d'abord à établir les raisons directes contre ce principe.

1° Il y a vexation sans doute à être interrogé sur des faits par lesquels on peut s'inculper soi-même ; mais y a-t-il une seule peine légale qui ne soit une vexation, et s'ensuit-il qu'on ne doive infliger aucune peine ? Une telle extravagance de raisonnement est encore sans exemple.

Non seulement la peine est une vexation, mais aussi toute enquête qui tend à l'infliger : en conclura-t-on que toute enquête contre les délinquants doive être supprimée? Dans l'échelle de l'extravagance, celle-ci ne serait pas au-dessous de l'autre.

2° Si le danger de faire encourir la peine à l'accusé par les questions qui lui seraient directement adressées est la raison qui détermine à les interdire, cette raison semble également bonne pour ne souffrir aucun autre témoignage contre lui.

Ne veut-on que le protéger, que lui ménager un moyen d'impunité, il n'y a qu'à le faire tout d'un coup, avec une efficacité parfaite, en ne souffrant aucune enquête.

3° Le cas à cet égard serait bien différent si, de la part des hommes placés dans un état d'accusation, il existait une disposition naturelle à s'exposer à la peine légale lorsque, dans le fait, ils sont innocents, si on avait réellement plus à craindre pour l'accusé par son témoignage contre lui-même, que par celui des autres en général, y compris ceux qui, à raison de l'injure qu'ils ont reçue de lui, sont ses ennemis particuliers. Mais comme on n'a pas découvert dans la nature humaine une trace de cette disposition d'hostilité contre soi-même, il n'y a aucun besoin de chercher des précautions contre un péril qui n'existe pas.

4° Considérez maintenant les accusés innocents. Peut-on supposer que la règle en question ait été établie avec l'intention de les protéger? C'est à eux seuls qu'elle ne peut jamais être utile. Prenez un individu de cette classe : par la supposition, il est exempt de tout crime; mais par la même supposition, il est soupçonné. Quel est son plus grand intérêt, quel est son vœu le plus ardent? Écarter ce nuage qui entoure sa conduite, donner toutes les explications qui peuvent la

mettre dans son vrai jour ; provoquer les questions, y répondre; défier ses accusateurs : voilà son objet et le désir dont il est animé. Chaque détail de l'interrogatoire est un anneau de la chaîne des preuves qui établissent son innocence.

Si les criminels de toutes les classes avaient pu s'assembler et former à souhait un système de procédure, cette règle n'est-elle pas la première qu'ils auraient établie pour leur sûreté? L'innocence ne s'en prévaut jamais : elle réclame le droit de parler, comme le crime invoque le privilége de se taire.

5° Si la règle est établie dans l'intention d'épargner à l'accusé coupable le chagrin de fournir lui-même la preuve de son délit, cet objet, après tout, n'est pas accompli; car non seulement les lettres qu'il a écrites ou qu'on lui attribue, des notes de sa main, mais encore les propos qu'il a tenus ou les rapports de ces propos, sont reçus en preuve, allégués, discutés en sa présence, sans scrupule et sans réserve. Ainsi ce que la procédure technique rejette, c'est le témoignage procédant de lui-même, dans sa forme la plus pure, la plus authentique : ce que cette même procédure admet, c'est ce même témoignage, pourvu qu'il vienne indirectement, qu'il ait passé par des canaux qui peuvent l'altérer, et qu'il soit déduit à l'état inférieur et dégradé de *l'ouï-dire*.

6° Le témoignage de *première main* étant exclus, le témoignage de *seconde main* étant admis, voyez quelles en sont les conséquences.

Les informations qui en dérivent sont nécessairement incomplètes et trompeuses : car, de tout ce qui a été dit par la partie accusée dans une occasion extrajudiciaire, qu'en revient-il au juge ? Ce que le témoin qui en dépose peut et veut se rappeler. Et dans ce qu'il en donne, quelle garantie peut-on avoir de la fidélité de sa mémoire et de la véracité de son caractère ?

La partie elle-même pourrait redresser les erreurs, suppléer aux omissions, présenter un récit fidèle : mais rien de cela n'est admis; et tout ce qui doit résulter de ce genre de dépositions tronquées et incorrectes, c'est une impression qui doit être en général favorable au criminel, mais qui peut aussi tourner contre l'innocence.

7° Dans les situations où il existe indubitablement le plus grand désir de trouver la vérité, et le plus de tendresse réelle pour les individus, on ne voit pas que cette règle, si précieuse aux yeux prévenus des Anglais, ait jamais été suivie. Quel est le chef de maison, quel est le père de famille qui ait jamais pensé à l'adopter dans ses procédés envers ses domestiques et ses enfants? S'il y a quelque désordre de leur part qui soit parvenu à sa connaissance, songe-t-il à exclure leur té-

moignage? craint-il de les interroger directement? Trouverait-on, en un mot, dans la procédure domestique quelque trace de celle des tribunaux anglais?

8° Dans le cas des délits les plus graves, rangés par la loi anglaise dans la classe des félonies, cette règle de la loi commune est en opposition directe avec la seule loi véritable, la loi qui a reçu le sceau du législateur.

Par deux statuts successifs de Philippe et de Marie, en cas de soupçon de félonie, il est ordonné aux juges de paix devant qui le prévenu est amené, d'*examiner le prisonnier et ceux qui l'amènent, concernant les faits et leurs circonstances*. Dans quel but? Dans le but que les réponses qui auront été ainsi tirées de leur bouche puissent contribuer à la conviction du coupable, dit le statut; et c'est pour cela qu'il exige que ces réponses soient couchées par écrit et duement certifiées.

C'est en vertu de ces deux statuts que de pareils examens sont faits par les magistrats dans les cas de félonie. Mais qu'en résulte-t-il? que ces magistrats exercent un pouvoir despotique, et peuvent montrer de la faveur ou de la rigueur, comme il leur plaît. C'est, sous un déguisement, un pouvoir arbitraire de pardon placé dans leurs mains. Le juge de paix est-il dans l'intention de

faire justice, il conduit l'interrogatoire selon la volonté du législateur; veut-il faire étalage de clémence, ou procéder avec une partialité favorable à l'accusé, il agit d'après la règle de la loi commune, et le prévient lui-même de se tenir en garde et de ne rien dire qui puisse tourner à son préjudice.

Ces raisons semblent prouver suffisamment que cette règle du droit anglais, en tant qu'elle est favorable au crime et qu'elle pourrait être préjudiciable à l'innocence, blesse doublement les intérêts de la justice. Comment peut-on expliquer la prédilection d'une nation éclairée pour une loi dont l'expérience a dû lui montrer les abus?

Je dirai d'abord que dans un temps où tous les tribunaux du continent présentaient l'odieux spectacle de la torture, lorsqu'on voyait les juges occupés à saisir, contre un accusé, toutes les paroles qui lui échappaient dans l'agonie de la douleur, il est assez naturel que les Anglais aient conçu une haute opinion d'un système de procédure si opposé à cette barbarie.

Mais il y a eu de plus une raison cachée qui a pu leur rendre ce privilége extrêmement précieux. Il y a eu dans l'amas de leurs lois pénales, soit par la tyrannie de certains règnes, soit par l'intolérance religieuse, des statuts si malfaisants,



que s'ils eussent été exécutés à la rigueur, ils auraient porté la désolation dans la société. Or dans une situation pareille, où il ne faut qu'un délateur pour livrer un individu à la persécution, l'obligation de répondre, de déposer contre soi-même double en quelque manière le danger de l'accusé. Si on ne peut pas lui demander un aveu, une confession, il sera souvent impossible de le convaincre, et la douceur de la procédure corrigera en partie la tyrannie de la loi[1].

Mais, dira-t-on, si ce mode de procédure a servi de sauvegarde contre une tyrannie passée, il peut également être utile contre une tyrannie future. Qui peut s'assurer qu'on ne fera plus de lois per-

[1] Parmi les anecdotes courantes en Angleterre, j'ai entendu citer un trait du lord Mansfield, qui peut servir d'éclaircissement à ceci. Un prêtre fut accusé d'avoir célébré la messe en Angleterre. Sur une de ces vieilles lois de sang qu'on n'avait point encore révoquée, mais qui était depuis long-temps oubliée, c'était un délit punissable de mort ou de transportation. Les témoins furent entendus, l'acte fut prouvé, le persécuteur jouissait déjà de son triomphe; mais, à sa grande surprise, et à la satisfaction générale du public, le prévenu fut absous; attendu qu'on avait bien prouvé qu'il avait dit la messe, mais qu'on n'avait pas prouvé qu'il fût prêtre. Si on avait pu interroger le prévenu contre lui-même, sa religion ne lui aurait pas permis de dissimuler son état, et il n'aurait pu être sauvé que par un acte de grâce. (Ed.)

nicieuses? Pourquoi se priver d'un moyen de sûreté dont on a déjà senti les bons effets?

Je réponds à cela que si le législateur instituait de telles lois, plus elles seraient exécutées, plus leur difformité naturelle serait sentie, et plus elles arriveraient promptement à ce terme où elles paraîtraient intolérables, et où il n'y aurait qu'une voix pour les supprimer. Mais quand des victimes tombent çà et là, l'une après l'autre, à longs intervalles, l'attention publique ne se réveille pas sur ces maux épars; les plaintes isolées meurent sans frapper l'oreille du législateur; la loi, au lieu d'être abolie, passe d'âge en âge; de temps en temps, fatale aux individus sur qui elle tombe, et toujours funeste au public par l'obstacle qu'elle apporte à l'opération des bonnes lois.

Ce serait une étrange manière de raisonner que de partir de la supposition que les lois seront oppressives, et qu'il faut chercher les moyens de procédure les plus propres à les paralyser. On doit présumer que les lois seront en général ce qu'elles doivent être, instituées pour la protection de la société; et on doit leur donner l'appui de la procédure la plus efficace. Sortez de ce principe, vous serez continuellement en contradiction avec vous-même.

On allègue encore contre l'interrogatoire personnel un raisonnement qui a quelque chose de

plausible. Un homme interrogé se trouble; plus il est intimidé, plus il sera tenté de recourir à des mensonges, même sur des choses assez indifférentes. Il sera coupable par la supposition, mais il peut l'être *moins* qu'il ne le paraît; son délit, par des circonstances atténuantes, pourrait être rangé dans un degré *plus bas*. Mais l'effet de ces tergiversations, de ces mensonges, sera tel sur l'esprit des juges et surtout des jurés, qu'on le croira plus coupable qu'il ne l'est, et qu'ils seront prévenus contre tous ses moyens de défense.

On reconnaît par cette objection que, dans une procédure faite sous les yeux du public, c'est-à-dire franche et honnête, il n'est pas à craindre qu'on ait recours à des moyens de terreur capables de troubler un prévenu innocent. Tout l'invite à être vrai et à ne rien cacher. Mais s'il y a de la part d'un accusé coupable, mensonge et tergiversation, est-il possible que l'effet du mensonge soit pis que celui du délit même? Il ment pour déguiser ce qu'il a fait ou pour le nier. Si le mensonge n'est pas reconnu, il opère en sa faveur; s'il est reconnu, il laisse subsister les preuves, il n'établit rien de plus contre lui que les faits résultants de la procédure. Le délit ne passe pas d'un genre à un autre, ni d'une espèce moins grave à une espèce plus grave; en un mot, il n'y a point d'effet produit par le mensonge, excepté

son effet naturel, celui de servir de preuve indirecte comme une sorte d'aveu.

Beccaria a désapprouvé l'interrogatoire personnel. C'est une grande autorité : mais il faut examiner ses raisons. « C'est confondre, dit-il, tous » les rapports, que d'exiger d'un homme qu'il soit » son propre accusateur[1] ». J'aurais été embarrassé à trouver un sens à ce mot *rapport*, mais Beccaria l'explique. « C'est, dit-il, exiger d'un » homme qu'il se haïsse lui-même, qu'il agisse » comme s'il était son propre ennemi. » Cette objection rentre donc dans celles que nous avons discutées. Un homme répugne à s'inculper lui-même; mais il répugne également à être inculpé par d'autres : il répugne également à souffrir la peine. Sa répugnance est comptée pour rien quand il est convaincu : pourquoi serait-elle comptée pour quelque chose quand il s'agit de le convaincre?

D'autres vous diront que l'interrogatoire personnel n'est pas une manière de procéder généreuse : c'est prendre un homme à son désavantage. Il est dans une situation malheureuse : le juge doit être son ami plutôt que son ennemi, et il est beau de ne pas même se prévaloir de ce qui pourrait lui échapper à son préjudice.

[1] *Voyez* la note au commencement de ce chapitre.

On serait tenté de croire que ces notions ont été puisées dans les maximes d'honneur des combats singuliers. Il est contre les règles de presser un adversaire qu'un accident a mis hors d'état de résister; il est contre les règles de battre un ennemi à terre : il faut lui donner une autre lance, et lui permettre de se relever.

Ces idées de pitié, de générosité, méritent toujours d'être accueillies lorsqu'elles ne sont pas en opposition avec un principe plus élevé de bienveillance, avec l'intérêt général de la société. Quand un coupable est acquitté, c'est la société qui est punie. Plusieurs innocents seront exposés à souffrir, soit par le même malfaiteur, soit par ceux que son impunité encourage. Le juge le plus sensible et le plus humain ne doit être ni l'ami ni l'ennemi du prévenu : il n'est que l'ami de la vérité et des lois. Il ne cherche ni un innocent ni un coupable. Il veut trouver ce qui est.

Terminons cette discussion par une observation générale. La privation de ce moyen juridique est d'autant plus fâcheuse que les preuves qu'on tire de la bouche du coupable sont toujours les plus satisfaisantes, les plus propres à produire dans le public un sentiment uniforme de conviction [1].

[1] L'interrogatoire des prévenus est souvent accompagné d'un genre d'abus qui, même sur le continent, a donné bien

des partisans au système anglais. On voit un juge irrité par la résistance, les évasions ou les négations de l'accusé, devenir sa partie adverse, le fatiguer de questions, chercher à le surprendre d'une manière captieuse, l'intimider, lui faire subir une sorte de torture, et s'engager, par amour-propre, dans une lutte où il perd son caractère d'impartialité. Ces moyens semblent supposer qu'on exige l'aveu, et cependant l'aveu n'est point nécessaire : ce n'est pas l'aveu qui doit être l'objet de l'enquête; c'est l'ensemble des circonstances qui prouvent le fait. On devrait se borner à interroger le prévenu lorsqu'il y a des lacunes dans le témoignage, lorsque ses réponses vraies ou fausses conduiront à les remplir. Si tout est prouvé sans lui, s'il n'a rien à dire pour sa défense, qu'a-t-on besoin de l'interroger? Je ne voudrais pas l'exclusion de ce moyen, mais son économie.

Depuis que j'ai suivi notre tribunal à Genève, j'ai vu des cas où, sans la faculté d'interroger le prévenu, on n'aurait pas pu le convaincre. Ce n'est point son aveu qu'on demandait, mais on lui adressait des questions qui confirmaient les témoignages ou conduisaient à de nouvelles preuves. (Ed.)

CHAPITRE XII.

Témoignage exigible. — Communication des clients avec un conseiller légal, avocat ou procureur.

Question. Un homme de loi doit-il être contraignable ou recevable à révéler des faits dont la manifestation serait préjudiciable à son client, dans une cause pénale ou non pénale?

Réponse. Oui. Pourquoi serait-il exempté? Quel mal réel peut résulter de cette obligation? aucun quelconque, à moins qu'on ne compte pour un mal de soumettre un individu à une peine quand la peine est due, ou de le soumettre à l'obligation de rendre un service demandé, quand ce service est un devoir.

Nous avons vu les considérations qui militent en faveur du secret de la confession. Il n'en est aucune qui s'applique au procureur ou à l'avocat.

Rendez le témoignage de l'homme de loi exigible, qui peut en souffrir? Est-ce le client honnête et innocent? Non sans doute : n'ayant commis aucun délit, n'ayant en vue aucune fraude, il n'a ni fraude ni délit à confesser.

Dans le cas du confident religieux, il n'y a point

d'intérêt de sa part au succès du crime; il est dans son caractère comme dans son devoir de le prévenir; sa réputation personnelle même s'accroît par l'influence salutaire de ses conseils.

Peut-on en dire autant en général de celui qui prête son ministère indifféremment à toutes les causes justes ou injustes, à tous les clients innocents ou criminels ?

L'homme de loi qui se sert de la supériorité de ses connaissances pour trouver des moyens d'évasion, des faux-fuyants pour soustraire le coupable à la peine qu'il a encourue, ou pour couvrir la mauvaise foi de son client par ses artifices, et la faire triompher juridiquement, doit-il être considéré autrement que comme un homme qui se rend complice du délit après le fait, avec cette différence que du côté des complices proprement dits, il y a l'aveuglement des passions et le danger; du côté de l'homme de loi, il y a une profonde indifférence au bien et au mal, de la dextérité à manier les instruments de l'attaque et de la défense, et une impunité complète dans les cas où il en fait l'usage le plus nuisible à la communauté.

Il y a une maxime qui est toujours supposée dans la conduite des hommes de loi dont je parle ici : c'est que le tort et le droit, le juste et l'injuste sont des êtres de leur création dont ils peuvent disposer selon leur plaisir, qu'il n'ont rien à faire

avec l'évènement amené par la décision du juge; que cette décision fait elle-même la règle du bien et du mal; et que, selon le souffle de sa bouche, la vertu devient vice, et le vice devient vertu.

Si cela n'était pas, comment des hommes qui professent la morale ordinaire de la société auraient-ils pu se regarder comme *patentés* pour offrir d'avance leur appui et promettre le secret le plus solennel à quiconque viendrait leur confier un crime ou les associer à un projet de fraude?

Mais quoi! *trahir! — trahir son client!*

Un *dépôt* est une espèce de *contrat*. Quel que soit le contrat, si la loi autorise ou enjoint sa violation, quelle en sera la conséquence? que le contrat ne sera pas fait, ou que s'il est fait, il ne sera pas observé. Mais si le contrat est préjudiciable à la société, peut-on désirer qu'il se fasse ou qu'il s'observe?

Un contrat qui serait malfaisant entre d'autres individus, changera-t-il de nature, deviendra-t-il bon parcequ'un homme de loi devient une des parties contractantes? Qu'il s'agisse d'un vol ou de toute autre transgression dans laquelle il y a plusieurs codélinquants, il n'est certainement pas entendu qu'on doive avoir égard aux engagements qu'ils ont pu former entre eux avant le délit, pour leur succès commun ou leur sûreté réciproque; pourquoi devrait-on plus d'égard aux engagements

que ces mêmes délinquants peuvent avoir formés pour leur sûreté avec des praticiens légaux, après le délit? pourquoi cette complicité, qui n'est pas respectée dans un cas, le serait-elle dans l'autre?

Voulez-vous empêcher la formation d'un contrat malfaisant, faites que dans les cas où il aura eu lieu, il ne soit pas accompli.

Dans le cas des engagements honnêtes, c'est leur observation qui est l'intérêt de la société; dans le cas des engagements déshonnêtes et pernicieux, c'est leur violation [1].

[1] Admettez cette opinion de M. Bentham, il n'y a plus d'avocats, dit-on; il n'y a plus auprès des prévenus que des agents de la justice et de la police, contre lesquels les prévenus devront se tenir d'autant plus en garde qu'aucun homme d'un caractère noble et généreux ne voudra plus exercer cet emploi. Ce sont autant d'espions, de délateurs qu'on placera auprès d'eux. C'est dès lors supprimer entièrement la défense. Cette nouvelle face de la question doit être examinée.

CHAPITRE XIII.

1° Des infirmités intellectuelles, 2° des intérêts, 3° de l'improbité, considérés comme causes d'exclusion.

Le motif allégué comme cause d'exclusion dans les cas susdits, est la crainte de tromper le juge par l'opération d'une cause décevante : en d'autres termes, l'exclusion est considérée comme une sauvegarde contre l'erreur qui pourrait résulter du témoignage.

I. Des infirmités intellectuelles.

Ceci embrasse le dérangement d'esprit, la minorité d'âge, l'extrême vieillesse.

Le discrédit qui résulte pour les témoins de ces diverses circonstances dépend absolument du degré, c'est-à-dire de l'état de l'individu, de ce qu'on appelle, dans la langue de l'art, *idiosyncrasie.* Mais ce degré ne peut se juger que par un examen particulier de chaque cas; le sytème d'exclusion, appliqué par une loi générale, ne pourrait être que nuisible.

Est-il à présumer qu'un juge, dans un tribunal ouvert au public, et sous la garantie d'un débat

contradictoire, admît un témoignage marqué des divers caractères de l'imbécillité ou de l'incapacité, et qu'il y donnât un degré de confiance capable d'influer sur sa décision? Dira-t-on que si ce mal est peu probable, il est néanmoins possible, et qu'il serait plus sûr d'y obvier en excluant ces témoignages dangereux?

Je réponds à cela qu'une simple possibilité d'erreur prouve trop; car le juge peut se tromper de même, et malheureusement se trompe souvent d'après des témoignages qu'on ne peut pas rejeter, et qu'on n'exclut dans aucun système de jurisprudence.

II. Exclusion à raison d'intérêt dans la cause.

Si l'intérêt, en prenant ce mot dans le sens le plus général, est une raison suffisante d'exclusion, il en faut conclure que tout témoignage provenant d'une bouche humaine devrait être exclus.

S'il n'y avait point d'intérêt, c'est-à-dire point de motif, il n'y aurait point de témoignage. Si c'est un intérêt qui produit des témoignages infidèles, c'est un autre intérêt qui donne des garanties pour se préserver de l'erreur et qui produit des témoignages dignes de foi.

Quand l'intérêt trompe, ce ne peut être que par le moyen d'un témoignage inexact et incomplet; son effet immédiat sur le témoin est de

le porter à mentir. Mais la fausseté n'est nuisible qu'autant qu'elle passe pour la vérité dans l'esprit du juge, et qu'elle produit un jugement erroné. Or est-ce là une conséquence nécessaire? est-ce même une conséquence probable? n'est-il pas au contraire à présumer que des faussetés, s'arrangeant mal avec l'ensemble des faits, seront découvertes, et contribueront autant qu'un vrai témoignage à l'instruction du juge?

Lorsqu'il existe de la part du témoin un intérêt qui le porte à mentir, plus cet intérêt est manifeste, moins il est dangereux pour le juge.

Est-il pécuniaire, sa tendance séductrice est d'abord reconnue, et même on peut en estimer la force, soit par la valeur positive, soit par l'état et le caractère du témoin. Est-il à présumer qu'un homme sacrifie sa conscience, et qu'il expose sa réputation de probité pour un gain minime comparativement à sa fortune? C'est ce genre d'intérêt qui, dans la loi anglaise, a servi de motif à presque toutes les exclusions. L'amour du pouvoir, l'amour proprement dit, l'amitié, la haine, les autres passions du cœur humain, agissant séparément ou ensemble, n'ont point paru mériter les mêmes précautions. On dirait que les jurisconsultes anglais, en estimant les dangers, n'ont tenu aucun compte de la force de tous ces motifs. L'intérêt pécuniaire est le seul dont ils semblent

reconnaître l'influence. C'est bien là un reste de la barbarie des anciens temps.

Ce qu'il y a de singulier, c'est que dans la même loi où l'on rejette le témoignage à raison du plus petit intérêt pécuniaire, on admet celui d'un complice pour les délits les plus graves; or ce complice est engagé à témoigner par la promesse d'un pardon qui substitue la vie à la mort, souvent avec l'addition d'une récompense qui excède en valeur les profits d'une année de travail pour les individus de cette classe.

Un cas de cette nature présente tous les motifs d'exclusion réunis, et chacun d'eux dans son plus haut degré de force : intérêt personnel le plus grand possible; improbité de la plus noire espèce, et signalée aux yeux de tout le monde; ajoutez qu'en cas de déception et de décision erronée, il n'en résulte rien moins que la peine capitale, et que le jugement n'admet point d'appel. Cependant ce témoignage, avec tous ces caractères de réprobation, est admis; et après tout, l'expérience la plus longue n'a fourni aucune raison de croire qu'il soit dangereux de l'admettre. Quelle en est la sauvegarde? Celle que nous avons déjà indiquée : l'évidence même de l'intérêt séducteur, et la défiance proportionnelle de la part du juge.

On dit, pour justifier ces exclusions, que toute

la loi est fondée sur la défiance; j'en conviens, mais en ceci l'excès est dangereux. Rejeter comme indigne de foi le témoignage de tout homme, à raison du plus faible intérêt pécuniaire qu'il peut avoir dans la cause en question, c'est une défiance avilissante, injurieuse, qui suppose les hommes plus mauvais qu'ils ne sont, dans le taux ordinaire de la moralité.

Dans un système de procédure qui admet de pareils témoignages, avec quelle logique peut-on en exclure aucun?

Suivez le cours ordinaire de la vie; il n'est guère possible de former ou de conduire aucune entreprise sans recourir aux informations de différentes personnes qui ont, relativement à la chose, quelque intérêt, et même un intérêt pécuniaire, tout aussi fort que celui d'un témoin appelé dans une affaire juridique : et l'individu de qui l'on prend ces informations n'a pas à beaucoup près les mêmes freins pour ne pas sortir de la ligne de la vérité. Il n'est exposé ni à la honte ni à la peine du faux témoignage. Il est vrai aussi que la plainte commune est qu'on est souvent trompé, qu'on obtient rarement l'exacte vérité des personnes intéressées. Mais si l'on en juge par la confiance générale qui fait rechercher ces informations, on y verra la preuve que l'expérience est ici en faveur de la bonne foi. Les cas où l'on est trompé étant

comparativement plus rares, attirent l'attention; ceux où l'on est bien informé étant les plus ordinaires, on n'en tient pas compte. Il s'ensuit qu'admettre, dans les cours de justice, les témoignages des personnes qui ont un intérêt dans la cause, ce n'est pas suivre une idée purement théorique, purement spéculative, c'est agir en réalité d'après l'expérience commune, d'après une expérience faite sur une grande échelle, une échelle qui embrasse toute la vie humaine [1].

III. Exclusion à raison d'improbité.

Après la considération de l'intérêt vient celle de l'improbité : c'est là l'ordre naturel. Pour-

[1] Dans l'ancienne jurisprudence française il y avait une règle de procédure bien contraire à l'ordre naturel. Le témoin avait-il dénoncé un délit, s'il se présentait ensuite pour déposer juridiquement, il était rejeté. Le dénonciateur ne pouvait pas être entendu sur les faits de la cause; c'est-à-dire qu'on refusait les informations de la seule personne peut-être qui pût les fournir. D'après cela, si les malfaiteurs avaient autant d'esprit que leurs juges, ils avaient un moyen bien simple pour se tirer d'affaire; dans le cas où le témoin le plus redoutable pour eux était disposé à les servir, il ne fallait que l'envoyer à l'officier public pour être leur dénonciateur, et cela suffisait pour lui fermer la bouche.

Je ne crois pas que cette règle subsiste dans le nouvel ordre judiciaire de France; mais elle existe en d'autres tribunaux, et elle tient toujours au même principe d'exclusion, l'intérêt supposé du témoin.

quoi? c'est que l'improbité ne peut opérer sur le témoin, pour le porter à mentir, que par l'intermédiaire de quelque intérêt. L'homme le moins probe, dans un cas où il n'est sous l'influenee d'aucun intérêt séducteur, entouré des freins de la loi, exposé à la honte, exposé aux peines du faux témoignage, ne sera pas assez ennemi de lui-même pour commettre sans profit un délit dangereux.

Mais, dira-t-on, une improbité reconnue, prouvée juridiquement, une improbité signalée par un faux témoignage, ne doit-elle pas être une cause d'exclusion? Un homme flétri pour un faux, pour un parjure, peut-il être admis à l'honneur de témoigner? peut-il mériter aucune créance? La réprobation qui repousse un pareil témoin n'est-elle pas un sentiment universel?

Je réponds à cela que plus ce témoignage est suspect, moins il est dangereux : il suffit que la circonstance du délit antérieur qui dégrade sa crédibilité soit mise sous les yeux du tribunal. Il n'est pas à craindre qu'avec un tel préjugé contre lui ce témoin obtienne de la part d'un jury, par exemple, trop de confiance. Il ne faudra rien moins que la déposition la plus claire, la plus soutenue, la plus liée avec tous les autres faits de la cause pour entraîner une conviction combattue par cette espèce de contre-témoignage résultant du caractère du témoin.

Examinez d'ailleurs si les circonstances de son délit sont de nature à affecter son crédit dans le cas actuel. Il a rendu un faux témoignage, mais c'était pour sa propre défense ou pour celle d'une personne qui lui était chère. S'ensuit-il que sans intérêt, il se portera au même crime pour attaquer la vie d'un inconnu?

Le délit en question a été commis dans sa première jeunesse; mais, depuis vingt ans, depuis trente ans, sa conduite est irréprochable. D'après la règle d'exclusion, son témoignage ne sera pas même entendu : selon les simples lumières du bon sens, il est aussi admissible que tout autre ; il a même plus à craindre, parcequ il est un objet de défiance, et que la récidive ajouterait à la gravité de son délit[1].

IV. Exclusion à raison d'une opinion religieuse.

Quand on a fait de telle ou telle persuasion religieuse un motif d'exclusion, on l'a envisagée comme entraînant un soupçon ou une preuve d'improbité.

Mais cette présomption générale est tout-à-fait dénuée de fondement: dans cette infinie diversité

[1] Je renvoie à la *Théorie des peines*, section VIIe, *Peines fortuites*, *inadmissibilité à témoigner*. Cette question y est examinée sous toutes ses faces.

de sectes qui se représentent les attributs de la divinité sous des idées si contradictoires et si fantastiques, il n'en est aucune qui ne reconnaisse en Dieu le protecteur de la justice, et le conservateur des obligations morales, sans lesquelles la société ne pourrait pas subsister. En un mot, les erreurs qui se manifestent dans la variété même de leurs opinions ne renferment rien qui détruise la crédibilité de leur témoignage.

Si vous considérez même l'athéisme, quel que soit le degré d'erreur, quel que soit même le danger de cette opinion, il n'y a point de raison pour en conclure à un soupçon d'improbité. Pourquoi? C'est que l'aveu d'une opinion si étrange, si contraire au sentiment universel, est au moins une preuve de la sincérité de l'individu : sincérité qui peut ne point exister de la part de ceux qui déclarent la plus ferme adhésion aux opinions reçues, et qui le font avec d'autant plus de confiance, qu'il est impossible de les convaincre du contraire.

Dans les cas où l'opinion religieuse est particulièrement mise en jeu, où l'on peut appréhender l'effet des haines ou des partialités résultant de cette cause, le danger d'erreur ou de fausseté dans le témoignage est si manifeste, qu'il faudrait, de la part du juge, un aveuglement extraordinaire pour ne pas le recevoir avec une extrême défiance.

En Angleterre, on reçoit la déposition d'un quaker au civil, on ne la reçoit pas au pénal; on l'admet pour un besoin modique, on l'exclut pour un besoin extrême. Qu'une femme de cette société subisse la dernière des injures, il faudrait que, pour venger sa vertu, elle abjurât sa religion. Un scélérat mit le feu à sa maison, au milieu de Londres, pour frauder les assureurs. Un quaker, témoin du fait, déposa en justice; mais comme il refusa de prêter le serment requis, il fallut rendre à la société un incendiaire. Quelle absurdité! Ceux qui ont des scrupules sur le serment font-ils moins de cas de la véracité que les autres? Au contraire, leur refus naît de leur bonne foi. Ce qui fait rejeter leur témoignage est précisément ce qui devrait le faire admettre (1).

[1] Par les lois d'Autriche et de Prusse, le témoignage des juifs contre les chrétiens n'est pas exclus d'une manière absolue; mais ils sont considérés comme des témoins *suspects*, et ils ne peuvent servir de témoins *probants*.

CHAPITRE XIV.

Exclusion d'un témoin unique. — Inconvenance et danger de cette mesure.

Dans les cas d'exclusion que nous venons d'examiner, il existait contre les témoins exclus une cause de soupçon et même de soupçon raisonnable. L'erreur était de les exclure quand il suffisait de s'en défier; dans le cas présent, le témoin est exclus sans qu'on attache aucun reproche à son caractère, mais uniquement parcequ'il est seul.

Je dis *exclus* : c'est trop dire, il est entendu; mais son témoignage demeure sans effet légal: la loi le regarde comme inadmissible ou plutôt comme nul. Il aura tous les caractères qui inspirent la confiance; il aura porté la conviction dans l'esprit du jury, dans le juge, dans tous ceux qui l'auront entendu, n'importe, il faudra que l'accusé, n'étant pas reconnu coupable, soit absous, et que le témoin dont la véracité n'a laissé aucun doute, soit rejeté comme inepte ou comme menteur. Il est vrai que la présomption de la loi s'appliquant à tous, n'est injurieuse à personne; mais il est évident que cette présomption

porte à faux, puisqu'elle contredit souvent la conscience et le jugement intérieur des juges.

Indépendamment de ce qu'elle est mal fondée en logique, cette exclusion présente le même danger que toutes les autres; elle assure l'impunité au malfaiteur, dans tous les cas où son crime n'aurait eu qu'un témoin. Il y a plus encore : a-t-il besoin d'un complice, pour mieux exécuter son délit, il ne craindra pas de s'en donner un, puisqu'il ne court aucun risque d'être condamné sur son seul témoignage.

Le motif qui a fait exiger deux témoins pour une condamnation est aussi manifeste que louable; mais le législateur, frappé d'un danger très apparent, n'a pas aperçu cet autre danger plus grand et plus réel que je viens de signaler.

Le *nombre* des témoins est une sécurité de plus contre le mensonge ou l'erreur; qui peut en douter? mais on achète cette sécurité trop cher au prix d'une absolution donnée d'avance au criminel, si son crime n'a qu'un témoin ou qu'un complice.

Mais ce danger contre lequel on veut se prémunir, est-il tel qu'on se l'imagine? Pour faire condamner un innocent sur la déposition d'un seul témoin, il ne suffit pas que ce témoignage soit faux; il est nécessaire qu'il ait été admis comme vrai par le tribunal, qu'il ait produit

une entière conviction, malgré cette circonstance qui doit éveiller l'attention des juges, malgré toute la force qui doit se trouver du côté de la vérité dans les moyens disculpatifs, malgré tout ce qui accompagne ordinairement l'innocence. Une telle erreur est bien plus vraisemblable, au moins dans un tribunal bien constitué qui admet toutes les précautions judiciaires, toutes les garanties en faveur de l'accusé. Que dans la procédure secrète on ait regardé deux témoins comme nécessaires, cela se conçoit; mais ni deux, ni dix, n'auraient pu inspirer un confiance raisonnable sous une telle jurisprudence.

La règle des deux témoins, absolue dans la jurisprudence romaine, ayant amené des inconvénients manifestes, il fallut lui donner un correctif; et quel correctif? *la torture.* — Le témoignage d'un seul, insuffisant pour la condamnation de l'accusé, suffisait dans les délits capitaux pour tenter de lui arracher des aveux par cet affreux moyen. N'était-ce pas exposer l'innocence à un plus grand danger que celui auquel on voulait la soustraire, celui de succomber à la violence des tourments et de se trahir elle-même?

Examinons un passage de Montesquieu. Je l'attaque et je l'admets; j'admets son sentiment, mais non la raison qu'il en donne :

« Les lois qui font périr un homme sur la dé-

» position d'un seul témoin, sont fatales à la li-
» berté. La raison en exige deux, parcequ'un
» témoin qui affirme et un accusé qui nie font
» un partage, et il faut un tiers pour le vider. »
(*Esprit des lois*, liv. XI, chap. 3.)

D'après ces mots *font périr*, on peut présumer que Montesquieu ne veut requérir deux témoins que dans les jugements à mort. Il y avait de bonnes raisons à donner pour de tels cas, mais celle qu'il donne est bien mauvaise. La prétendue égalité qu'il voit entre le témoignage de l'accusateur et celui de l'accusé suppose qu'il y a même force entre eux, qu'on doit même confiance à celui qui accuse et à celui qui se défend, au témoin qui s'expose aux peines du parjure pour faire condamner un innocent, et à celui qui a un si grand intérêt à mentir sous la terreur de la loi. Il n'y a point de parité entre ces deux assertions. Celle du témoin a une valeur plus ou moins grande, appréciable par les circonstances; celle de l'accusé n'en a presque aucune. La balance de Montesquieu établit l'égalité entre des poids extrêmement inégaux.

Je voudrais que Montesquieu se fût déclaré nettement contre cette loi de procédure, qui faisait aux juges une nécessité de condamner à mort sur la déposition de deux témoins, comme constituant par leur accord ce qu'on appelle une

preuve pleine. Quelle loi, et que d'injustices elle a dû produire ! Il est des cas, et beaucoup de cas, où on ne peut tirer du *nombre* aucune juste conclusion. Le *nombre* est souvent la plus faible des sécurités : vous aurez telle cause où un seul témoin, par la simplicité et la clarté de sa narration, par l'accord des incidents qu'il rapporte avec d'autres faits notoires, par son caractère grave et respectable, produira un sentiment irrésistible de conviction dans les esprits les moins faciles à convaincre, tandis que dans telle autre cause, une nuée de témoins tous allant dans le même sens, ne peseront que peu dans la balance de la justice. Il n'y a pas d'homme de loi qui n'ait vu des douzaines de témoins bien assermentés soutenant de part et d'autre des allégations absolument opposées. Hume rapporte, à l'occasion d'un combat naval entre Blake et Tromp, que le témoignage unanime des capitaines anglais fut contredit par le témoignage unanime des capitaines hollandais. Rien ne serait plus dangereux que de compter les témoins; il faut les peser.

Mais je me range à l'opinion de Montesquieu dans le cas qu'il spécifie, celui où il s'agit de *faire périr un homme*. Si la peine capitale est, comme je le pense, une peine qu'il faudrait abolir, toute loi de procédure qui tend à énerver une mauvaise loi substantive devient comparative-

ment bonne ; si on ne peut pas détruire la mauvaise loi, on cherche à en rendre l'application plus difficile. C'est ainsi que dans les assemblées législatives, pendant que la lutte est établie et que chaque parti tire la corde de son côté, celui qui ne peut pas s'opposer à une loi cherche à y introduire quelque clause qui en affaiblisse l'effet.

Mais si dans ce sens il est bon d'exiger deux et trois témoins, et beaucoup plus encore, jusqu'à ce qu'on eût rendu la peine de mort inapplicable, s'ensuit-il qu'il soit bon d'étendre ce mode à tous les délits, et d'absoudre tout accusé qui n'aurait contre lui qu'un seul témoin ? non, sans doute ; l'objection si forte contre une peine irréparable ne l'est point contre des peines d'une autre nature.

Cette règle des deux témoins n'existe pas dans la *loi commune* d'Angleterre, mais elle a été établie par divers statuts et pour différents délits. On ne peut voir dans ces exceptions que du caprice ou du hasard : pourquoi dans tel cas, et non dans tel autre? on n'en assigne aucune raison, c'est un véritable chaos. Qu'y a-t-il, par exemple, dans les destructions nocturnes, dans l'extorsion, dans la corruption active ou passive, qui puisse justifier ce privilége ? la corruption en particulier en est si bien protégée, que le donneur et le receveur doivent s'être ar-



rangés tout exprès pour se ménager des témoins contre eux-mêmes.

Entre les cas où deux témoins sont de nécessité absolue pour justifier une condamnation, celui de *haute trahison* tient le premier rang.

Si on lisait dans quelque ancienne relation qu'au Monomotapa ou dans quelque autre contrée de l'Afrique gouvernée par un roi, on a fait une loi expresse qui assure l'impunité à tout homme qui le tue, pourvu qu'on le tue en présence d'un seul témoin, quelle absurdité, diraiton, quelle fable extravagante!

Tel est pourtant l'état de choses en Angleterre, et l'on ne s'apercevait pas que la sauvegarde donnée au criminel de lèse-majesté était autant de retranché à la sûreté du roi (1).

Mais cette loi fait partie d'un statut célèbre et considéré comme un des palladiums de la liberté anglaise: un statut d'un bon temps, d'un bon règne, passé sous Guillaume III, et renfermant les clauses les plus favorables à la sûreté des sujets, j'en conviens; mais pourquoi faut-il que d'excellentes lois servent de passe-port et même

[1] Ceci était vrai quand l'auteur composait son ouvrage; mais cette singulière règle de procédure n'est plus en force dans les cas où il y aurait eu attentat direct contre la personne du roi. Elle subsiste par rapport à toute autre espèce de trahison.

de recommandation à une clause qui a contre elle la raison et la justice?

Que dirait-on si, en étudiant les circonstances où cette clause fut insérée dans ce fameux statut, on était conduit à croire que ses auteurs n'avaient réellement en vue que de se ménager une protection dans les complots qui se formaient contre Guillaume lui-même? Burnet, dans l'*Histoire de son temps* (1), n'a point dissimulé que telle était son opinion, et cependant il ne savait pas, comme on l'a su depuis par la publication d'un grand nombre de *Mémoires*, que les grands meneurs de cette époque, des pairs du royaume, des membres de la Chambre des communes, et même des ministres, entretenaient des correspondances secrètes avec le roi exilé, et que se servant pour ces intrigues *d'un seul émissaire*, ils étaient à l'abri de toute conviction. Les autres dispositions de ce statut étaient toutes favorables à la liberté et à la sûreté; mais la clause des deux témoins était bien plus une précaution contre les *vraies* accusations que contre les fausses.

En revenant sur l'ensemble de tant de mauvaises lois, on est tenté de se demander comment la société peut subsister avec le degré de sûreté

[1] Livre VI, au commencement.

dont on jouit : on répond que les hommes qui seraient les plus disposés à en abuser ne les connaissent pas, et qu'il leur faudrait une longue étude pour les connaître. La notoriété produit tout ce qu'elle a de bon dans les lois; leur obscurité est un palliatif pour le mal qu'elles renferment. C'est ainsi qu'un abus trouve quelquefois son correctif dans un autre abus; mais quelles lois que celles que par prudence il faudrait couvrir d'un voile, et quelle espérance peut-on avoir de les corriger, tant qu'elles sont inconnues?

CHAPITRE XV.

De l'exclusion de la preuve orale par rapport aux contrats non écrits.

Lorsqu'il s'agit de promesses, d'engagements, de matières qu'on peut appeler *contractuelles*, nous avons déjà vu combien le discours écrit avait de supériorité sur le discours oral.

Mais quand, au lieu de faire un engagement par écrit, on s'est borné à le faire de vive voix, doit-il dans une cour de justice être considéré comme nul et non avenu ? ou doit-on admettre la seule preuve qui peut établir le fait de l'engagement, c'est-à-dire le témoignage ?

Ceux qui ont exclu la preuve testimoniale (comme dans la jurisprudence anglaise) n'ont pas fondé leur exclusion sur la qualité des témoins : ils les rejettent tous; leur objection porte sur la nature même du témoignage, c'est-à-dire sur l'imperfection de la preuve orale, sur le danger d'être déçu par cette preuve.

Quoique l'exclusion fondée sur cette raison paraisse mieux motivée que dans les autres cas, il semble toutefois qu'on lui donne trop d'éten-

due, ou, en d'autres termes, qu'on en tire une conclusion exagérée.

Une considération qui se présente d'elle-même, c'est que l'écriture, dans son application à la conservation des preuves, est comparativement d'une date moderne. Avant qu'elle fût connue, tous les droits, la liberté, la propriété, la condition, la vie même, dépendaient uniquement de la preuve orale. Quoi! tous les actes judiciaires antérieurs aux preuves écrites ont-ils été injustes? La preuve testimoniale était-elle toujours fausse? La justice marchait-elle absolument au hasard?

Cette considération, fût-elle toute seule, devrait suffire pour produire une pause; pour tenir l'esprit en suspens et le mettre en garde contre une exclusion absolue.

Ce qu'on appréhende, c'est qu'en employant de faux témoins, les parties ne puissent donner une authenticité frauduleuse à des contrats qui n'ont jamais existé.

Ce danger serait sans doute à craindre, si, dans un cas de cette nature, on pouvait admettre de la part des juges une disposition à croire facilement, à ne pas exiger des preuves d'autant plus fortes que la chose par elle-même provoque plus de soupçon.

Il n'y a qu'une réunion bien établie de circon-

stances et de témoignages qui puisse déterminer un tribunal à reconnaître la validité d'un engagement de cette nature.

Supposez qu'un engagement sur parole ait eu des témoins immédiats, des témoins dignes de toute confiance, s'accordant parfaitement dans le compte qu'ils rendent, et disposés à donner publiquement leur témoignage; le principe absolu de l'exclusion ne serait-il pas un triomphe accordé à la mauvaise foi de celui qui veut se soustraire à sa parole? N'est-ce pas la loi même qui viendrait couronner son improbité? Ce succès d'une fraude notoire étend au loin son influence immorale, et fait connaître aux malhonnêtes gens que toutes les fraudes du même genre sont assurées de la même protection.

La conséquence d'une erreur en justice ne serait pas si fâcheuse. Supposez qu'un jury se laissât tromper par une conspiration de faux témoins, et reconnût pour valide un prétendu engagement qui n'avait pas existé, voilà une fraude triomphante. Mais d'une erreur de cette nature on ne peut rien conclure pour une autre: un jury a été déçu, un autre sera sur ses gardes: ce n'est qu'un mal passager, dans un cas individuel: il n'y a point d'encouragement donné à la mauvaise foi, tandis que le principe d'exclusion qui force le juge à laisser impunie une fraude reconnue s'ap-

plique à tous les cas semblables et présente un mal sans remède.

Il me paraît que dans ce cas, comme dans les autres, il n'y a que de l'avantage à remplacer le principe de l'exclusion par la déclaration légale de suspicion, attachée à tous les engagements de vive voix.

Mais, dira-t-on, s'il est bien connu que ces engagements sont nuls, que les juges ne les reconnaissent point, il en résulte qu'il ne s'en fera plus, ou qu'il ne s'en fera que par un degré d'impudence extraordinaire.

Mais ceux qui raisonnent ainsi oublient que les dispositions légales de cette nature ne sont jamais connues d'une manière assez générale, surtout de la classe paisible, étrangère aux affaires, et qui agit avec le plus de loyauté et de bonne foi. Il y a d'ailleurs bien des circonstances où on peut avoir besoin de former des engagements de vive voix, et où il est facile à des fripons de tendre ce piége à des hommes simples.

Qu'au moment où un cas de cette nature s'offrirait au juge, il avertisse la partie qui peut tenter une fraude sous le prétexte d'un engagement non écrit; qu'il l'avertisse, dis-je, que ces engagements sont devant la loi entachés de suspicion, qu'ils sont livrés à la recherche la plus sévère, que les témoins seront soumis à l'interrogatoire

et au contre-interrogatoire, en présence du public; cette précaution suffira le plus souvent pour faire abandonner au fourbe un projet frauduleux sur lequel il voit que les yeux sont ouverts.

II. Passons à un autre cas : il existe un contrat écrit; mais, conjointement à ce contrat, il y a eu des conditions convenues entre les parties contractantes, conditions qui n'ont pas été écrites, et qui servent de complément au contrat. Ce sont des clauses additionnelles ou explicatives, sur lesquelles on s'est entendu à l'amiable, et qui peut-être ne se sont offertes à l'esprit des contractants qu'après que l'acte était rédigé. La partie écrite est la *matière principale :* la partie non écrite peut être considérée comme la *matière accessoire.*

La question à examiner est celle-ci. Dans un cas de contestation, doit-on exclure la preuve par témoin, relativement à ces clauses accessoires qui n'ont pas été écrites ?

Il faut supposer que le contrat, sans ces clauses accessoires, serait incomplet, qu'il ne serait plus conforme à l'intention de la partie contractante qui les réclame, qu'il deviendrait pour elle un engagement nuisible et frauduleux.

Il y a encore moins de raison dans ce cas que dans le précédent pour exclure la preuve testimoniale. Pourquoi? C'est qu'il y a moins de danger pour le juge de se tromper sur la vérité de

ces conventions accessoires. Sont-elles dans l'esprit de l'acte écrit, elles porteront avec elles-mêmes leur caractère de probabilité. Leur degré d'importance est également manifeste ; il ne faut qu'un degré médiocre de discernement pour juger des motifs qui ont pu engager les parties à les omettre dans l'acte écrit, si elles ont réellement existé.

« Vous avez contracté par écrit, leur dira le juge : vous connaissiez donc l'importance de ce mode pour fixer vos conventions : dès lors, combien n'est-il pas improbable que vous ayez fait des changements considérables à ce même contrat, sous une forme aussi imparfaite, aussi fugitive que la simple parole ? Comment pouvez-vous prétendre avoir fait une convention de bouche de telle nature, lorsqu'il était si facile de l'insérer dans l'acte même ? Comment ne voyez-vous pas que cette clause, que vous voulez prouver par des témoins, est en contradiction avec celles de l'acte même qui porte votre signature ? »

Ces observations se présentent si naturellement, qu'elles mettent les juges, pour ainsi dire, à l'abri de toute surprise.

Il s'ensuit que, dans ce cas, les raisons contre l'exclusion de la preuve par témoins subsistent dans toute leur force, et que les raisons pour l'exclusion sont plus faibles.

CHAPITRE XVI.

Des sauvegardes contre des témoignages suspects ou des preuves inférieures.

Dans tout le tissu de cet ouvrage, on voit continuellement reparaître cette conclusion pratique : *N'excluez aucune preuve, aucun témoignage, par la seule crainte d'être trompé.*

Ce principe, tout incontestable qu'il est en lui-même, est cependant si nouveau, si contraire aux préjugés et aux habitudes des hommes de loi, que tout ce que je pourrai dire sur les précautions à employer leur paraîtra bien faible, comme remède, en comparaison du mal.

Ce que j'ai à dire sur les témoins suspects s'applique également aux preuves inférieures, à ces preuves qui sont, comme la dénomination l'implique, bien moins dignes de foi que celles qui ont les garanties désirables; mais que dans plusieurs cas on ne saurait exclure sans porter préjudice au bon droit, et qui ont été, par nécessité, généralement admises.

Relativement aux témoignages suspects et aux preuves inférieures, le danger qui en résulte a été

généralement exagéré ; l'exagération est fondée sur une supposition dénuée de fondement; savoir, que le danger de la déception d'une part était comme le danger de la fausseté de l'autre part. On n'a pas fait attention que le démérite de ces témoignages ou de ces preuves est assez manifeste pour que le juge soit sur ses gardes, et qu'il fût difficile de le tromper.

Toutefois, comme le démérite apparent de ces preuves peut ne pas coïncider toujours avec leur démérite réel, comme il peut n'être pas le même à tous les yeux, le législateur ne doit négliger aucune des précautions que la nature du cas admet pour réduire le danger à son moindre terme.

Voici les dispositions que je propose à cet effet:

1° Dès l'ouverture de la cause, les parties étant en présence l'une de l'autre seront interrogées sur la nature des preuves dont elles prétendent se servir. C'est là un préliminaire indispensable de toute bonne procédure. Cet état des preuves, bien connu dès l'entrée, jette le plus grand jour sur toutes les opérations subséquentes.

2° *sauvegarde.* Code d'instruction, concernant la valeur des preuves.

J'entends par là un corps d'instruction, sanctionné par le législateur, et adressé aux juges pour leur servir de guide.

On a déjà expliqué comment il fallait substi-

tuer le principe de *suspicion* à celui d'*exclusion*.

Ce code d'instruction mettra sous les yeux des juges les diverses circonstances qui, en affaiblissant la valeur d'un témoignage, doivent provoquer la suspicion, et par conséquent la circonspection et l'examen.

Il indiquera les cas où les preuves inférieures doivent être exclues; il prescrira, dans le cas où on les admet, de recourir aux preuves supérieures dès qu'il est possible de le faire.

Heureusement en ceci il n'est pas besoin d'avoir recours à l'autorité du gouvernement pour présenter des instructions qui aillent au même but. Exposer la nature des preuves, former une échelle de leur force probante respective, c'est rendre à la logique judiciaire un service dont l'utilité est indépendante de la sanction du législateur.

3ᵉ *sauvegarde*. Classer les jugements rendus selon la nature des preuves qui ont servi de base à la décision.

La classification établie dans cet ouvrage pourrait servir à ranger les preuves sous leurs chefs respectifs. Dans telle cause (la cause de Jean Bâtard), du côté du demandeur, la preuve était de telle ou telle classe (preuve par témoignage direct, preuve préconstituée, preuve par écrit casuel,

preuve par ouï-dire, etc.); du côté du défendeur, point de preuve ou une preuve par aveu, etc.

Avec une nomenclature ainsi construite, l'arrangement de chaque preuve sous son espèce serait analogue à cet exercice grammatical qui consiste à ranger les mots du discours sous les termes généraux de substantifs, adjectifs, verbes, etc.

Dans un registre officiel, tous les cas seraient placés sous des chefs appropriés: 1° tant de causes dans l'espace d'un an; 2° nombre des causes dans lesquelles une preuve d'un genre suspect (désignant les espèces) a été admise; 3° nombre des décisions en faveur des causes où ces preuves suspectes ont été admises.

Ce nombre ne serait pas grand. Par rapport aux contrats en général, ceux dont on conteste l'authenticité sont bien rares, comparativement à ceux où on ne la conteste pas.

Il y en a un plus grand nombre qui sont attaqués à raison de quelque formalité légale omise ou mal observée. Par le système d'enregistrement que je propose, on viendrait bientôt à connaître quelle est la proportion entre ces différentes causes litigieuses.

On verrait de même quel est le maximum du mal qui peut résulter du principe général de l'admission de toutes les espèces de preuves; car il

est évident que le mal ne peut pas être dans la seule circonstance de l'admission d'une preuve suspecte : il ne peut être que dans l'influence exercée par cette admission sur la décision des juges.

On a jugé, par supposition, cent causes dans l'année. Combien y en a-t-il où la décision a été rendue en faveur de ceux qui ont exhibé des preuves d'une classe inférieure ? combien où la décision a été contre eux ?

Il est facile de comprendre que ce tableau ne serait pas un objet de simple curiosité, mais qu'il serait une grande source d'instruction.

4ᵉ *sauvegarde*. Dans le cas d'un jugement rendu par nécessité sur des preuves d'un ordre inférieur, le juge exigerait une sûreté pour une restitution éventuelle, c'est-à-dire dans le cas où la partie condamnée pourrait acquérir, dans un temps donné, une preuve positive de son bon droit.

5ᵉ *sauvegarde*. Ces jugements présentent plus particulièrement un motif pour demander un appel sur cette base spéciale, ou pour référer la cause à une judicature supérieure, même sans décision provisoire.

Il me semble qu'au moyen de ces précautions le système qui admet toutes les preuves aurait bien peu de danger, et surtout qu'il en aurait infiniment moins que le système d'exclusion ; ce sys-

tème tranchant, violent et irréfléchi, qui amène nécessairement à sa suite des décisions erronées, dans le cas où le témoignage exclus est le seul qui pût être produit par l'une des parties.

CHAPITRE XVII.

Obligation de la preuve. — Sur qui doit-elle porter?

Entre deux parties adverses, quelle est celle à qui l'on doit imposer l'obligation de fournir la preuve? — Cette question présente dans le système de procédure technique des difficultés infinies.

Dans le système de la justice franche et simple, de la procédure naturelle, il n'y a rien de plus facile que d'y répondre.

L'obligation de la preuve doit être, dans chaque cas individuel, imposée à celle des parties qui peut la remplir avec le moins d'inconvénient, c'est-à-dire le moins de délai, de vexations et de frais.

Mais comment s'assurer de celle des parties qui se trouve, à l'égard de la preuve, dans le cas le plus favorable? — Dans la procédure technique il n'y a aucun moyen d'arriver à cette connaissance; on a tout fait pour en ôter les moyens. — Dans la procédure naturelle, cette connaissance, ainsi que celle de plusieurs autres points, sera facilement obtenue à la séance initiale des deux parties devant le juge.

Mais, dira-t-on, c'est à la partie qui commence le procès, qui fait l'*allégation*, à en prouver la vérité. — Tel est l'aphorisme qui se présente de lui-même, et qui, en apparence, est très plausible.

Tout plausible qu'il est, l'expérience a prouvé que plus on a voulu le suivre, plus on s'est écarté du but qu'on devait se proposer, plus on a fait naître de délais, de vexations, de frais. Cet aphorisme, en un mot, a créé plus de difficultés qu'il n'a servi à en résoudre.

Sous le système naturel, l'allégation est déjà par elle-même une preuve, autant du moins que, soit par rapport au fait principal, soit par rapport à quelque fait probant, le témoin qui se présente comme témoin immédiat est la partie elle-même.

L'allégation de la partie n'a pas toutefois, en général, la même force qu'une allégation semblable provenant d'un témoin externe.

Elle en a bien moins encore qu'une allégation au même effet qui viendrait de la partie adverse, ni même qu'une simple admission du fait qu'on lui oppose.

Sous ce point de vue, le contraire de l'aphorisme est plus vrai que l'aphorisme même. Le fait en question est-il venu à la connaissance de la partie adverse, c'est de la partie adverse elle-même que la preuve doit venir. —

C'est là qu'on peut la puiser avec le plus de certitude et de facilité.

Toutefois il faut convenir que le demandeur est la partie principalement intéressée à fournir la preuve. Et pourquoi principalement intéressée? parceque dans le cas où son allégation n'obtiendrait pas de créance, c'est sur lui que tomberaient les conséquences fâcheuses de sa non-réussite.

C'est donc toujours le *demandeur* qui se présente le premier à la vue : c'est lui qui a le plus grand risque à courir. Pourquoi ? Parcequ'il est toujours attendu de son côté qu'il a quelque chose à prouver, et que s'il ne prouve rien, il ne peut sortir de la cause sans une perte plus ou moins grande : tandis que de la part du *défendeur*, il peut arriver qu'il sorte de la lutte avec succès, sans avoir rien prouvé, sans avoir même essayé de rien prouver, sans autre chose que la dénégation formelle de la proposition du demandeur[1].

[1] Le défendeur reconnaît que le demandeur lui a prêté de l'argent; mais il déclare qu'il s'est acquitté. C'est à lui à faire la preuve.

CHAPITRE XVIII.

Récapitulation.

Je rassemble sous les chefs suivants les erreurs dont un juge doit se garder dans l'estimation du témoignage.

1° Il ne doit pas supposer qu'il y ait un seul homme dont on puisse considérer le témoignage comme vrai dans toute sa teneur; je veux dire vrai au point de l'admettre comme concluant à l'exclusion de tout autre.

2° Ni supposer qu'il y ait aucun témoin dont le témoignage sera toujours faux, au point de justifier le juge dans le refus de l'entendre (et même fût-il certain que ce témoignage serait toujours faux, il ne s'ensuivrait nullement qu'il ne pût être instructif et conduire à la vérité).

3° Il ne doit pas supposer qu'aucun genre d'intérêt de la part du témoin l'emporte sur la force de tous les motifs tutélaires, au point de considérer son témoignage comme indubitablement faux, et de l'exclure en conséquence.

4° Ni supposer qu'un témoignage reconnu pour faux sur tel ou tel fait, et même faussé par

mensonge, doive être considéré comme une preuve sûre que ce témoin sera certainement faux et menteur sur tel ou tel autre fait, ou sur l'ensemble des faits.

5° Il ne doit pas supposer, lorsque le témoignage est exposé à l'action de divers intérêts en sens contraire, qu'il y en ait un seul qu'on puisse négliger comme destitué de toute influence.

6° Ni supposer que, lorsque divers intérêts agissent dans le même sens, on puisse estimer leur force totale en les comptant, sans évaluer séparément la force de chacun d'eux.

Ces propositions sont le résultat général de cet ouvrage. Tous ceux qui l'auront lu avec attention sont en état de juger si elles ne sont pas fondées sur la nature de l'esprit humain, et sur l'expérience non seulement des tribunaux, mais de ce qui se passe dans la vie commune.

N'est-ce pas d'après ces bases que nous formons notre jugement sur le témoignage dans nos rapports privés avec nos semblables? Tout homme sensé, sans avoir peut-être une idée nette de ces propositions, les possède implicitement, et raisonne en conséquence. Comment se fait-il qu'on les ait méconnues dans la plupart des jurisprudences, et surtout dans celle de l'Angleterre (1)?

[1] Le nouveau code de la Belgique admet des règles de

procédure bien préférables au système anglais et à plusieurs autres.

Il y a toutefois quelques restes des anciennes erreurs ; on ne revient pas tout d'un coup à la simplicité et aux notions du tribunal domestique ; il y a des exclusions absolues entre mari et femme, et pour des parents en ligne directe, et pour des domestiques et des personnes qui ont subi des peines infamantes ou afflictives.

Parmi les mauvaises règles de la loi romaine adoptées dans ce code, est celle qui rend le témoignage d'un seul témoin insuffisant pour servir de base à une décision, à moins qu'il n'y ait une autre preuve tirée d'un écrit, et qu'on appelle *commencement de preuve par écrit.*

Le code de procédure civile de Genève admet des exclusions à raison de proche parenté.

LIVRE VIII.

DE L'IMPROBABLE ET DE L'IMPOSSIBLE.

CHAPITRE PREMIER.

Notions préliminaires.

Avant d'entrer dans cette discussion sur l'*improbable* et l'*impossible*, l'une des plus difficiles qui puisse occuper l'esprit humain, je dois avertir que je me renferme dans ce qui appartient aux preuves judiciaires. Il s'agit de savoir pourquoi et jusqu'à quel point une cour de justice peut rejeter des faits appuyés sur des témoignages directs, quels que soient leur nombre et leur force, par le seul argument de l'improbabilité de ces faits ou de leur impossibilité prétendue.

Ceux qui emploient ces mots avec une confiance absolue seront peut-être étonnés de voir dans la suite de ce discours que l'argument qu'on en tire n'est, après tout, qu'une modification des preuves circonstancielles; qu'en particulier, il n'y a point de critère certain de l'*impossible;* qu'il n'est pas dans la sphère de l'esprit humain

d'en déterminer la nature, et que celui qui ose se servir de ces termes, dans le sens strict, n'affirme rien moins que son infaillibilité et sa haute science.

Il faudrait donc, ce semble, au nom de la philosophie, bannir cette expression présomptueuse : mais si le langage populaire nous force pour ainsi dire à l'employer, il faut au moins se rappeler qu'en matière de faits juridiques, *impossible* ne peut signifier qu'*improbable au plus haut degré.*

Cette doctrine ne tend à établir ni un pyrrhonisme dangereux, ni une crédulité aveugle : la raison, d'après les données de l'expérience, est capable d'apprécier les divers degrés de probabilité, et d'arriver à ce point de vraisemblance qui a reçu dans le langage commun le nom de certitude morale. Le jour qui nous éclaire ne met pas en évidence les premiers principes de la nature, et ne nous fait pas connaître les dernières limites de son pouvoir; mais il suffit pour diriger notre jugement sur les opérations usuelles de la vie, et les décisions judiciaires reposent sur les mêmes bases.

Un fait est *incroyable.* — Arrêtons-nous sur ce mot : demandons-nous ce qui se passe dans l'esprit quand on le prononce.

Un fait est incroyable *pour moi* quand il me

paraît incompatible avec un autre fait dont l'existence m'est prouvée.

Nous appliquons ces termes d'incroyable, d'improbable, d'impossible, à deux espèces d'allégations d'une nature différente.

1° Un fait est affirmé par un témoin. — Le défendeur ne produit aucun témoignage contraire. Le fait, dit-il, est impossible en lui-même : on m'accuse de magie, de sortilége ; on prétend que je me suis rendu invisible, que j'ai fait entrer un démon dans le corps d'une pauvre religieuse : de pareilles accusations se réfutent d'elles-mêmes ; je n'ai pas besoin d'y répondre.

2° Un fait est affirmé par un témoin. — Le défendeur ne prétend pas que le fait allégué soit impossible en lui-même, mais il prétend qu'il est impossible parcequ'il est incompatible avec un autre fait dont il peut fournir la preuve par un témoignage d'une force supérieure. Le défendeur, par exemple, ne peut avoir commis le crime en question, parceque la scène du crime imputé est à Londres, et que dans le même temps il était à York, à deux cents milles de Londres. Ce cas est connu sous le nom d'*alibi*.

Dans le premier cas, le moyen de défense est que le fait supposé est rendu incroyable par son incompatibilité avec des faits notoires, con-

nus du juge, et dont il n'est pas besoin de lui fournir la preuve.

Dans le second cas, le moyen de défense est que le fait supposé est rendu incroyable par son incompatibilité avec des faits dont on fournit la preuve par une force prépondérante de témoignages.

Dans le premier cas, il s'agit d'un impossible *intrinsèque;* — dans le second, d'un impossible *conditionnel:* si tel fait est vrai, tel autre fait, possible en lui-même, ne peut pas être vrai.

CHAPITRE II.

Que l'impossible est indéfinissable. Crédibilité non absolue mais relative à l'état de nos connaissances.

Y a-t-il une marque certaine, y a-t-il un *critère* par lequel les faits impossibles puissent être distingués de tous les autres faits ?

S'il existait un tel critère, il serait d'une grande utilité. On s'en servirait pour faire un catalogue légal des faits impossibles, et dès qu'un fait extraordinaire serait déposé devant le juge, il n'aurait qu'à consulter ce catalogue; et si le fait en question s'y trouvait compris, il pourrait rejeter le témoignage sans autre examen.

Trouver un caractère incontestable d'impossibilité, trouver une mesure des degrés d'improbabilité sur laquelle tout le genre humain tombe d'accord, c'est une découverte qui n'a pas été faite jusqu'à présent, et qui ne se fera peut-être jamais.

Le sentiment qui prévaut de nos jours, c'est qu'aucun fait reconnu pour contraire au cours de la nature ne doit être admis dans une cour de justice sur le crédit du témoignage humain, c'est-à-dire sur un témoignage qui est en opposition

avec une masse prépondérante de contre-témoignages.

Dire qu'un fait est contraire au cours de la nature, c'est dire qu'il est une violation des lois connues de la nature. La question sera donc réduite à celle-ci : Qu'est-ce qu'une loi de la nature, et qu'est-ce qu'une violation des lois de la nature ?

La loi de la nature est une expression métaphorique. Elle est empruntée de l'usage qu'on fait du mot *loi* dans le langage politique. C'est donc à ce sens primitif qu'il faut remonter pour expliquer la signification dérivée.

On entend par loi politique une expression de la volonté d'un souverain, un ordre émané d'une autorité reconnue et appuyé des sanctions usuelles : la conséquence qui en résulte ordinairement est une certaine conformité dans les actions humaines, dans la conduite des individus sujets à cette loi : et les actions humaines étant des évènements, une loi politique devient ainsi une cause de conformité entre les évènements.

Dans l'immense assemblage des faits physiques, qui, dans l'état d'ignorance primitive, ont pu paraître tous isolés et indépendants les uns des autres, on a observé une marche constante et régulière, une succession qu'on a considérée comme une suite d'effets et par conséquent comme dépendants d'une cause : et cette cause, on lui a

donné le nom de *loi;* ainsi la science humaine, à mesure qu'elle a cru observer de grandes conformités entre les évènements physiques, les a rangées sous la notion de *lois naturelles.*

Or, en admettant cette expression ainsi expliquée, nous sommes forcés de reconnaître que les notions du surnaturel ou de l'impossible varient selon l'état des connaissances humaines et le degré d'intelligence des individus. On peut dire en d'autres termes que la crédibilité d'un fait est relative à l'état de notre esprit et de nos lumières actuelles. Les notions du possible et de l'impossible, du probable et du certain, ne sont pas des propriétés qui existent dans les faits eux-mêmes, mais seulement des inclinations de notre esprit, des dispositions internes que nous éprouvons en pensant à ces faits : en sorte que le même fait qui paraît nécessairement probable à l'un paraît à un autre aussi nécessairement improbable, et la chose qui paraît impossible à un académicien paraîtra non seulement possible, mais certaine à un Hottentot.

Supposez une personne très ignorante, c'est-à-dire à qui le cours de la nature soit aussi peu connu qu'on puisse le concevoir, tout fait qui lui sera affirmé par un individu possédant sa confiance à un certain degré sera cru sur la force d'une simple assertion, les faits surnaturels comme

les faits communs, l'existence d'un diable ou d'un revenant comme celle d'un homme, l'existence d'un géant de soixante pieds de haut comme celle d'un nain de quatre ou cinq pouces, l'existence d'une nation de cyclopes avec un grand œil au milieu du front, comme celle d'une nation d'hommes avec deux yeux dans leur place ordinaire.

Tous les peuples ont passé par cet état de crédulité comme tous les individus dans leur enfance, et nous connaissons des peuplades sauvages qui n'en sont pas sorties.

Les voyageurs qui, dans le quinzième et le seizième siècle, allaient porter la production des arts européens dans les régions nouvellement découvertes, trouvaient en général leurs habitants assez disposés à recevoir tout ce qu'on leur disait des merveilles de notre monde, sur la foi de celles qu'on déployait à leurs yeux : mais cette facilité à croire n'était pas sans exception. Le trait du roi de Siam est assez ancien pour avoir été cité par Locke. Quand les Hollandais, qu'il avait paru écouter avec plaisir et avec confiance, vinrent à lui raconter que chez eux, pendant l'hiver, les eaux durcissaient au point de porter les hommes et les chars comme la terre ferme, un rire de mépris fut sa réponse, et il ne vit plus en eux que des imposteurs. A cette époque, les progrès dans les sciences naturelles étaient encore

peu considérables, et les Européens qui racontaient ces merveilles n'en savaient peut-être pas plus que sa majesté siamoise sur les moyens artificiels de produire de la glace, ou ils n'avaient pas les matériaux nécessaires pour opérer cette transformation. Le fait n'était pas conforme au cours de la nature, dans l'état des choses que l'observation et l'expérience avaient présentées au roi de Siam. Il avait donc pour les rejeter la même raison que celle qui nous paraît à nous-mêmes la plus forte et la plus décisive pour prononcer sur l'impossibilité d'un fait[1].

La solidité, la fluidité, la gazéosité, sont maintenant considérées par tous les chimistes comme les trois états dont tous les corps que nous connaissons sont susceptibles, selon le degré de leur combinaison avec le calorique, tellement que, quoiqu'il y ait bien des corps qui ne se soient pas présentés à nous dans l'un de ces trois états, une expérience nouvelle qui produirait une conversion de ce genre, tout inattendue, toute cu-

[1] J'ai vu dans un médecin anglais la contre-partie de sa majesté siamoise. Dans une compagnie où on citait la première expérience faite à Pétersbourg de la congélation du mercure au moyen de la glace pilée, le docteur, avec un ton d'autorité, prononça que ce fait était faux, et qu'on ne pouvait le répéter sans se donner le ridicule d'une crédulité extrême.



rieuse qu'elle serait, ne paraîtrait pas plus une déviation du cours ordinaire de la nature que l'existence de l'eau dans l'état de glace ou de vapeur.

Nous avons peu de fragments de l'antiquité plus curieux que l'histoire de l'imposteur Alexandre, écrite par un témoin oculaire, par Lucien, qui, s'il n'est pas le plus ingénieux des philosophes grecs, est de beaucoup le plus sage. C'était une bonne fortune pour ce coryphée des incrédules du paganisme qu'une si belle occasion de se jouer de la crédulité publique, en exposant les tours de passe-passe de ce jongleur célèbre, qui, sans autre moyen qu'un ver enfermé dans une coquille d'œuf, un serpent apprivoisé et une tête artificielle de vipère, se donnait pour prophète et pour premier ministre du dieu Esculape. Qu'un témoin respectable eût été voir Lucien et lui eût dit: « Hier, j'ai vu Alexandre avec son divin serpent naviguer au milieu des airs dans un bateau, et faire monter avec lui un globe de trente pieds au moins de diamètre; je l'ai suivi des yeux jusqu'à ce que, prêt à entrer dans le séjour céleste, son immense éloignement me l'ait rendu invisible. » Quel accueil eût fait à ce témoin le philosophe incrédule? Le même, selon toute apparence, que le roi de Siam fit aux voyageurs hollandais; mais supposez que le len-

demain Lucien eût été témoin lui-même de l'ascension d'Esculape et de son favori dans les régions éthérées, il eût été réduit à la triste nécessité d'avouer son erreur, de reconnaître la divinité du serpent, ou d'emprunter quelque terme, comme celui de magie, pour couvrir l'obstination de son incrédulité, dans l'impuissance de la justifier par aucun argument solide.

Si, dans de pareilles circonstances, il eût jugé à propos de rendre compte de ce fait, quel embarras n'eût pas été le sien! Plus il avait d'esprit et de sagacité, plus il eût trouvé de difficulté dans une solution dont il n'avait pas les données. Les Japonais qui furent témoins, à Pétersbourg, en 1803, du voyage de Garnerin dans les airs, n'éprouvèrent point de pareille inquiétude; c'était pour eux une pratique déjà familière à leur imagination. Les histoires fabuleuses de leurs sorciers les avaient préparés à voir sans étonnement tout ce qu'il y avait d'extraordinaire dans ce voyage aérien[1].

[1] Ces Japonais étaient au nombre de neuf ou dix. J'étais placé près d'eux au moment de l'ascension : je les observai le plus attentivement possible; ils me parurent si peu étonnés que je priai leur interprète de leur demander s'ils avaient vu pareille chose au Japon. Non, répondirent-ils, mais il n'y avait rien de plus commun chez eux; s'ils ne l'avaient pas vu, c'est que les sorciers au Japon ne traversaient les airs que de nuit. (*Éditeur.*)

Quand on a présenté aux Turcs, dans la capitale de leur empire, le spectacle de l'ascension dans les airs, ils n'ont pas été plus étonnés que les Japonais, et à peu près par la même raison. Tous les faits merveilleux qu'on peut leur raconter ou leur montrer sont suffisamment expliqués par eux pour leurs notions de magie ou de sortilége. Il n'y a point de sectateur de Mahomet, petit ou grand, qui ne soit bien convaincu que l'art de la magie est un don ordinaire chez ces métis de l'espèce humaine qui s'appellent eux-mêmes chrétiens, mais que les Turcs ne désignent que par le nom d'un animal immonde. Une nation pour qui la face de la nature n'est visible qu'au travers des voiles de l'Alcoran n'a point de principe pour juger de la vraisemblance des faits; il n'y en a aucun qui soit moins conforme au cours de la nature qu'un autre. Leur imagination, familiarisée avec les prodiges, les confond avec l'ordre commun. Les Mille et une Nuits auraient pour eux la même autorité que les autres histoires, si on les leur donnait comme vraies. Mais un fait qui paraît, et qui doit paraître incroyable à un individu dans l'état actuel de ses connaissances physiques, cessera de l'être si on lui montre sa conformité avec tel ou tel autre fait qui ne lui était pas inconnu, mais qui ne s'était jamais offert à lui sous ce rapport.

On ne connaissait à Siam ni les mixtions frigorifiques salines, ni l'éther, qui, par sa prompte évaporation, aurait suffi à l'expérience; mais les Hollandais auraient pu convaincre sa majesté siamoise en jetant une poignée de nitre dans de l'eau bouillante. Bientôt le monarque incrédule eût vu la transformation du liquide en cette pierre demi-transparente qui, dans les régions du nord, forme des ponts naturels capables de porter les plus gros éléphants sur les rivières; ou si, contre toute probabilité, le climat de Siam n'eût pas permis cette expérience, qui fournit au Bengale une source de jouissances si salubres, des vases d'une terre poreuse avec un courant artificiel d'air auraient produit autant de glace qu'il en fallait pour convertir la fable en histoire.

La tâche eût été moins aisée pour réconcilier le philosophe grec avec le prodige apparent de la navigation aérienne. Cependant on pouvait lui trouver des analogies. Quand une force violente déracine ce pin du mont Ida et qu'il va se précipiter au fond de la mer, vous le voyez bientôt reparaître à la surface et flotter en triomphe. La cause de ce fait vous est connue. Un air que vous ne connaissez pas encore, et qui abonde dans la nature, est à cet air que nous respirons ce que le bois est à l'eau; plus léger, il tend à monter jusqu'à ce qu'il ait trouvé le niveau de son poids.

Enfermez dans un ballon de grandeur suffisante une quantité de cet air, il enlèvera bientôt, non seulement le ballon lui-même, mais le bateau qu'on y suspend, et les hommes et les dieux avec lui : précisément comme le pin précipité dans les eaux remonte rapidement à la surface et soulève avec lui les corps pesants qui y étaient attachés.

Cette analogie eût-elle satisfait le philosophe sceptique et moqueur ? ou sa raison difficile à convaincre eût-elle exigé qu'on mît sous ses yeux une manufacture de gaz hydrogène ? Pour répondre à cette question il faudrait connaître la tournure particulière de son esprit, l'humeur du moment dans lequel on lui eût offert cette explication, et le degré d'irritation et d'amour-propre qu'il avait mis dans sa querelle avec son antagoniste.

CHAPITRE III.

Qu'il n'y a point de faits absolument reconnus incroyables. Exceptions apparentes, mais non réelles.

Nous avons établi que la crédibilité ou l'incrédibilité des faits ne dépendait pas de leur nature, mais de la disposition de notre esprit, c'est-à-dire de l'état de nos connaissances: en sorte qu'en divers temps et en divers pays on peut avoir des notions toutes différentes sur le possible et l'impossible, d'où il résulte qu'entre les faits qui peuvent devenir le sujet d'une controverse judiciaire, on n'en peut mentionner aucun dont on puisse affirmer que tous les hommes s'accorderont à le regarder comme incroyable.

Non, dira-t-on : si du moins cette règle est généralement vraie, elle ne l'est point universellement. Il y a des exceptions; par exemple, tous les hommes sont parfaitement d'accord, dès qu'ils entendent les termes, à reconnaître que deux et deux font quatre. Il y a une parfaite unanimité entre eux sur l'impossibilité qu'une chose soit et ne soit pas en même temps, ou qu'une chose qui a existé n'ait pas existé.

J'en conviens; mais si l'on veut y faire attention, on verra que ces propositions et beaucoup d'autres semblables ne renferment aucun fait positif; tout ce qu'elles énoncent se rapporte à la signification des termes. C'est dire qu'un mot admis dans un sens ne peut pas être reçu dans un sens contradictoire : c'est dire qu'une chose inconcevable ne peut pas être conçue. Toutes les propositions directement opposées à des vérités mathématiques sont dans ce cas. Celui qui avance, par exemple, que deux lignes droites peuvent d'elles-mêmes renfermer un espace, n'énonce pas un fait : on ne peut pas lui répondre qu'il avance un fait impossible, puisque ce n'est pas un fait ; mais on peut lui répondre qu'il emploie des termes contradictoires, qu'il ne s'entend pas lui-même et qu'il entasse des mots sans idées.

A est mis en justice pour avoir tué B. Des témoins dignes de foi sont tous d'accord pour le charger de ce délit : avant la fin de la procédure, B se présente aux juges. Le fait du meurtre est immédiatement regardé comme impossible, et voilà un cas où tous les hommes seront d'accord. J'en conviens, mais dans ce cas tout se réduit à ce qu'il n'y a point de fait.

Que cette proposition, *deux et deux sont quatre*, soit uniquement relative au sens des mots,

c'est une vérité reconnue aussitôt qu'énoncée. Ces mêmes pommes, auxquelles, en les prenant ensemble, j'applique le mot numérique *quatre*, si je les considère comme divisées en deux parcelles égales en nombre, je leur applique respectivement les mots numériques *deux* et *deux :* ce n'est qu'une dénomination différente, également conforme à l'usage de la langue ; ce n'est pas l'énoncé d'un fait.

Mais si c'était l'énoncé d'un fait, et d'un fait amenable dans une controverse judiciaire, il n'y a pas de raison d'affirmer que tous les hommes fussent d'accord à le regarder comme certain.

La volonté, dit Pascal, *est un des principaux organes de la croyance.* Mettez en jeu l'espérance et la crainte, donnez aux hommes un intérêt réel ou imaginaire à croire ou à ne pas croire, et il n'y a aucune proposition, si contraire qu'elle paraisse à la raison commune, qui ne puisse être soutenue : je ne dis pas seulement soutenue par un témoignage extérieur, mais avec une persuasion aussi sincère qu'il soit possible de la donner à ce que l'on ne comprend pas.

Par rapport à la proposition en question, *deux et deux sont quatre*, il n'y a point eu d'intérêt mis en œuvre pour porter les hommes à la nier, pour produire dans le langage de la versatilité et de la contradiction ; mais dans l'exemple le

plus proche de celui-là on trouverait une preuve frappante du contraire. J'écarte cette considération parcequ'elle me conduirait à un sujet dont je ne dois pas m'occuper. Il me suffit d'avoir cité cet exemple pour prouver qu'il n'y a point de fait réel ou nominal qui soit absolument à l'abri de toute controverse : proposition qui est de la plus grande importance pratique.

CHAPITRE IV.

Conséquences de ce qui précède.

Dès qu'il est prouvé que l'incrédibilité d'un fait dans chaque cas est relative à la disposition de chaque individu, il s'ensuit qu'en matière judiciaire l'improbabilité d'un fait dépendra des connaissances relatives du juge individuel, et par conséquent de l'état des lumières et de la civilisation du pays où il est placé. Un fait qui, dans la Béotie, n'eût pas été regardé au siècle d'Auguste comme trop improbable pour être établi par le témoignage humain, au jugement des esprits les plus éclairés, aurait été considéré comme impossible à Rome et à Athènes, dans le même temps, par les hommes de la même classe. Un fait que les savants de Rome et d'Athènes auraient pu croire probable, serait rangé dans la classe des faits impossibles par les savants de Londres et de Paris. Chaque peuple a son échelle de crédibilité graduée sur celle de ses lumières. Que dis-je? cette échelle varie dans la même ville : telle histoire qui serait facilement ac-

créditée sur la foi d'un rapport public dans le quartier de Wapping, ne le serait pas même sur un témoignage direct dans le carré de Saint-James.

Il y a un progrès réel dans l'intelligence d'un individu et dans celle de l'espèce humaine : comment se fait ce progrès? L'homme devient plus intelligent à proportion du nombre de faits de toute espèce qui se placent dans sa mémoire, et à proportion du nombre d'analogies qu'il observe entre ces faits respectifs. Les vraies analogies, étant les mêmes partout, tendent à rendre les principes de la croyance plus constants et plus uniformes.

A mesure qu'un homme devient plus intelligent, sa disposition à croire diminue ; c'est-à-dire sa disposition à croire d'après le témoignage ordinaire et sur les opinions courantes : plus les faits relatifs entre eux sont liés dans son esprit, plus il oppose de résistance à l'admission d'un fait qui milite contre cette masse de preuves.

Les hommes voués aux sciences physiques sont en général à cet égard au plus haut degré d'intelligence dans l'état donné de la civilisation. C'est toujours parmi les savants de cette classe que les faits extraordinaires, les faits improbables ont éprouvé l'opposition la plus soutenue.

Leur objet unique est d'étudier des analogies,

de découvrir de nouveaux rapports, de remonter aux causes naturelles : et connaître les lois naturelles, ce n'est autre chose que de classer les faits par leurs conformités et leurs différences.

Les conformités qui, comme je l'ai dit, prennent le nom de *loi de la nature*, obtiennent peu à peu le plus haut degré de confiance, parceque tous les phénomènes viennent y aboutir, et que nos perceptions à leur égard sont en parfait accord avec celles de nos semblables.

Dès qu'on est arrivé à connaître et à exprimer une de ces lois de la nature, les faits qui en dépendent s'unissent entre eux; et tous les faits qui seraient incompatibles avec ces lois connues sont reçues avec la défiance qu'on éprouve naturellement contre un témoignage inférieur, isolé, suspect de toutes manières, qui vient se présenter en opposition à une masse solide de témoignages, revêtus de tous les caractères qui les rendent dignes de foi.

Il y a donc pour les antiques erreurs de la crédulité deux causes bien naturelles : 1° l'ignorance absolue de l'analogie entre les faits, ou, en d'autres termes, l'ignorance de tout ce que nous appelons *lois de la nature*: 2° l'ignorance de tous les principes qui servent à distinguer les degrés de crédibilité dans le témoignage.

Il ne faut donc pas regarder nos crédules ancêtres comme ayant été plus stupides que nous ne le sommes. Ils ont passé par des erreurs qu'ils nous ont enlevées.

CHAPITRE V.

Distinction des faits impossibles en tout ou en degré.

Les faits considérés comme impossibles peuvent être divisés en deux classes : 1° les faits impossibles *en totalité* ; en les supposant vrais, ils seraient une violation de quelque loi de la nature manifeste et généralement reconnue ; 2° les faits impossibles *en degré* : vrais et peut-être réalisés chaque jour dans une certaine mesure : faux dans le degré qui leur est attribué par le témoignage en question. Jusqu'à un certain point, ce seront des faits ordinaires : au-delà de ce point, ils seront extraordinaires ; mais fixer absolument dans cette échelle le point où l'impossibilité commence, est une opération qui surpasse l'intelligence humaine.

Donner un catalogue complet des faits impossibles *en totalité*, ce serait donner un catalogue complet de toutes ces observations générales qui ont reçu le nom de *lois de la nature*. Cette notion est au-delà des limites de la science humaine dans son état présent. Mais il est des propriétés communes à tous les corps connus ; propriétés si bien

établies, que tout témoignage direct en faveur d'un fait qui les contredit, peut être rejeté par la seule objection tirée de l'impossible.

Aucun corps ne peut occuper deux places dans le même temps. Il est si évident qu'un fait qui supposerait le contraire serait une violation d'une loi de la nature universellement connue, qu'il n'y a point de témoignage positif, quel que fût le nombre des témoins prétendus, qui pût le faire recevoir pour vrai dans une cour de justice, du moins en Angleterre ou en France. Aussi l'*alibi*, dès qu'il est prouvé, fournit la preuve la plus satisfaisante de l'innocence de l'accusé.

Mais supposons qu'en Angleterre le plus grand espace parcouru en vingt-quatre heures jusqu'à nos jours eût été deux cents milles; si un individu accusé d'un certain délit avait été vu, dans les vingt-quatre heures où ce délit a été commis, à une distance de deux cent vingt-cinq milles du lieu où l'acte criminel s'est passé, ce serait une question de degré ; il ne serait pas notoire qu'il y a violation d'une loi de la nature: ce serait une déviation de son cours ordinaire ; le juge pourrait dire : « Dans tous les cas de célérité » que j'ai pu observer (ici c'est perception), et » dans tous ceux dont j'ai entendu parler (masse » indéfinie de témoignages extra-judiciaires), il » n'y en a point qui ait excédé les deux cents

» milles dans les vingt-quatre heures ; le fait qu'on » affirme est donc extraordinaire, et tellement ex» traordinaire, qu'il en devient improbable, mal» gré le témoignage affirmatif des accusateurs. » L'erreur ou le mensonge de leur part est moins » improbable que cette célérité qui dépasse toute » expérience. J'en conclus que le délit imputé à » cet homme n'a pas été commis par lui. »

Il ne serait pas absurde dans un cours de droit, et surtout dans un traité de l'art judiciaire, de placer un sommaire des lois de la nature, dans leur application aux diverses questions qui peuvent se présenter à des juges ; mais on doit supposer que tous les hommes qu'on élève aux fonctions éminentes de la judicature ont passé par les écoles de la philosophie.

CHAPITRE VI.

Des faits déviatifs.

Quand nous venons à cette classe de faits considérés comme incroyables à raison de ce qu'ils s'écartent du cours ordinaire de la nature, nous trouvons la même difficulté à tracer la ligne de démarcation entre le croyable et l'incroyable : c'est un océan sans limite, sur lequel nous errons sans boussole. Par quelle considération pourrons-nous donner des bornes aux modifications de la matière? Prenez quelqu'une de ces espèces d'hommes dont parlent Pline ou Mandeville comme ayant existé : qui peut affirmer que cette espèce n'a pas en effet existé en tel lieu et en tel temps? Qu'y a-t-il dans cette assertion d'absolument incroyable?

Si vous consultez des experts, des anatomistes, ils découvriront peut-être des incompatibilités anatomiques dans l'existence de cette espèce; mais leur décision à cet égard ne serait-elle point trop légèrement hasardée? Qu'on peigne des anges avec des ailes d'oie et des diables avec des ailes de chauve-souris, un anatomiste, jugeant

d'après les oiseaux, prononcera que l'usage de ces ailes est incompatible avec le poids d'un corps semblable au nôtre. Oui ; mais que devient le raisonnement si le corps est plus léger, ou si la force musculaire des ailes est plus grande ? Que dira-t-il de cet insecte qui fait des sauts de cinquante fois sa hauteur ?

J'ai sous les yeux un exemplaire de la Chronique de Nuremberg, où l'on trouve une représentation, en douze planches in-folio, de vingt-une espèces d'hommes, ou, selon le langage ordinaire, de monstruosités tirées de Pline et d'autres auteurs. Quelques unes paraissent renfermer des incompatibilités anatomiques ; d'autres ont réellement existé ; quelques autres ont existé dans un certain degré, l'œil du cyclope, les têtes à cornes, des mains et des bras surnuméraires, des corps doubles. Dans ces cas toutefois, le fait est individuel, il ne s'étend pas jusqu'à l'espèce. Mais une espèce, est-ce autre chose que des individus multipliés ? Dans le cas de l'homme armé de dards comme un porc-épic, on aurait crû que la déviation n'était qu'individuelle, on a trouvé qu'elle s'étendait à une race.

Gulliver, à son retour de Lilliput, déposa dans le parc de Greenwich quelques échantillons des taureaux et des vaches de ce pays. Malgré cette preuve permanente, je ne sais quel évêque, men-

tionné par Swift, osa prétendre que toute cette histoire était une fable : on se moqua de lui. Mais à Londres, dans le musée de sir Ashton Liver, on voyait des animaux à cornes, bien formés et à leur plein terme de croissance, à peu près de la même taille que ceux de Lilliput.

Les faits étant donnés, leur incrédibilité relativement à nous est diminuée par leur *éloignement :* c'est-à-dire que nous sommes dans une disposition à croire plus facilement ce qu'on nous rapporte d'un pays lointain. Mais pourquoi la distance affaiblit-elle l'improbabilité ? l'imagination y a sa part, mais la raison y entre pour la sienne. Nous savons qu'il ne faut pas juger de tout par ce qui nous environne : des faits singuliers qui nous causaient de la surprise se sont trouvés vrais, et cette expérience nous rend plus timides à prononcer sur ce que nous connaissons moins.

Qu'on nous annonce la découverte de géants ou de pygmées dans quelques parties de l'Europe, nous n'y croirons pas, parceque nous savons qu'en ce genre elle n'offre plus rien à découvrir ; mais une variété de l'espèce humaine nous aurait paru moins incroyable dans l'intérieur de la Nouvelle-Hollande.

Avant l'introduction du kanguroo et des ornithorhinées, supposez un paragraphe dans les pa-



piers qui eût parlé de ces animaux comme ayant été trouvés dans les montagnes du pays de Galles. La première pensée eût été de regarder ce récit comme fabuleux ou incorrect, et la seconde, de croire que ces animaux avaient été apportés des pays étrangers, et mis en liberté par quelque accident.

De l'éloignement en fait de *lieu*, l'analogie nous conduit naturellement à l'éloignement en fait de *temps*. Par rapport à cette circonstance, l'imagination et la raison agissent en sens contraire. L'imagination tend à diminuer l'incrédibilité du fait (j'entends l'incrédibilité relative), la raison tend à l'augmenter. Plus la scène du fait est éloignée, pour le temps comme pour le lieu, plus elle est obscure pour l'imagination.

Quand il s'agit du monde actuel, l'imagination la plus libre est contenue dans certaines limites; le plus crédule sait bien qu'il n'a pas vu des revenants, des diables, des fées, des vampires; mais dans les ténèbres du passé ou dans l'obscurité de l'éloignement, il n'a plus les mêmes moyens de comparaison, et il peut croire que la nature n'était pas soumise aux mêmes lois.

La raison, au contraire, tend à nous inspirer plus de défiance en tout ce qui dépend de la foi du témoignage pour les temps anciens. Dans la route de l'expérience et de la civilisation, plus on

fait de pas en arrière, plus on trouve d'incorrections et de mensonges dans les traditions historiques, jusqu'à ce qu'on remonte au temps où tout est fabuleux. On voit dans l'antiquité la fable se mêler, se confondre avec l'histoire, comme dans le lointain les montagnes se confondent avec les nuages. Il y a, à cet égard, une analogie sensible entre l'enfance de l'espèce et l'enfance de l'individu à cette époque où les songes se confondent avec les réalités.

Ces vieilles erreurs pourraient être omises dans un traité de pratique judiciaire, si elles n'avaient eu d'influence que dans les temps passés. Le mal est que ces faits, non moins pernicieux que fabuleux, plantés dans l'imagination des hommes, pendant que la raison humaine était encore susceptible de toute espèce d'illusions, ont pris des racines profondes et produisent des rejetons funestes qui tendent par eux-mêmes à se multiplier. Si Blackstone refuse une partie de sa croyance (car ce n'est qu'une partie) aux sorciers des temps modernes, c'est uniquement parcequ'ils n'ont pas le sceau d'une antiquité assez reculée. Avec quelques siècles de plus sur leur tête, ses doutes sur leur existence se seraient convertis en certitude. Et qui sait si, avec le temps et dans certaines circonstances, l'imagination de quelque successeur de ce célèbre jurisconsulte ne pourra

pas enfanter sur le spectre de la sorcière d'Endor une génération nouvelle de magiciens et de sorciers qui évoqueront des esprits infernaux, et ramèneront le règne des fantômes et de la terreur ?

Honneur à ces théologiens éclairés qui ont consacré leurs efforts à détruire ce principe de superstition ! Bienfaiteurs de l'espèce humaine, ils ont déclaré la guerre à ses ennemis, ils ont combattu ces préjugés effrayants qui troublaient le repos des nuits et la paix des chaumières. C'est ainsi que plusieurs d'entre eux ont converti les démoniaques en insensés, et ont dépouillé la magicienne d'Endor de son pouvoir mystérieux. Van-Dale avait rendu le même service à la raison, par ce Traité des oracles, où tout s'explique dans un système de fraudes, et où les démons ne sont plus que les prêtres.

Dans le fait, les différentes générations du genre humain, dans tous les degrés de la civilisation, sont encore, pour ainsi dire, devant nos yeux. Nous pouvons voir nos ancêtres dans nos antipodes. Au Japon, les sorciers voyagent encore dans les airs; chez les Africains, le sortilége est encore le plus commun de tous les crimes. Un siècle s'est à peine écoulé depuis que les vampires ont disparu de la Hongrie [1].

[1] Le docteur Ingenhousz, médecin de la maison d'Au-

Cependant, eu égard aux circonstances de temps comme de lieu, l'expérience nous défend de considérer le présent comme étant exactement jeté dans le même moule que le passé. Quand la Nouvelle-Hollande nous a offert des kanguroos et des ornithorhinées, Cuvier nous a montré leurs analogues dans les habitants perdus du monde antédiluvien.

La nature, inépuisable dans ses variétés, échappe sans doute à tous les systèmes d'arrangements dans une multitude de détails par lesquels l'industrie humaine voudrait la conduire comme à la lisière.

triche, homme non moins remarquable par sa véracité que par ses lumières, m'a raconté, ainsi qu'à plusieurs autres personnes, qu'il accompagna l'empereur Joseph II en Hongrie, et que le motif du voyage était de prendre des informations sur un genre de crimes qui devenait fréquent, l'assassinat de jeunes filles avant l'âge de la puberté. La cause de ce délit était une opinion qui s'était répandue dans certains villages, que si un homme pouvait manger le cœur de dix filles vierges il deviendrait invisible. La sévérité de la justice arrêta le crime; mais l'Empereur était si honteux que cette sauvage superstition eût existé dans ses États, qu'il empêcha de rien publier sur cette affaire.

On pourrait tracer une sorte de liaison entre les vampires invisibles qui suçaient le sang, et les hommes qui mangeaient les cœurs pour se rendre invisibles. Une vérité peut rester long-temps isolée et stérile; mais les erreurs, alliées avec l'imagination et les passions, ont une tendance à se multiplier, et passent toujours du physique au moral. (Ed.)



Mais quel que soit le degré de force qu'on puisse donner à cette objection contre les classifications scientifiques, il n'en faut pas moins reconnaître qu'un ordre imparfait est préférable au chaos, et qu'on voit par degrés les anneaux des faits naturels se multiplier et s'unir. Dans cet état de progrès, il faut bien se garder de poser des limites présomptueuses et de confondre des conquêtes graduelles sur l'ignorance avec une science absolue.

Croire tout découvert est une erreur profonde :
C'est prendre l'horizon pour les bornes du monde.

CHAPITRE VII.

Exemples de faits déviatifs.

Quant aux faits impossibles en degré (entendant toujours par impossible ce qui serait généralement réputé tel), les exemples qu'on pourrait en donner seraient innombrables. Ils consistent en écarts des proportions ordinaires, écarts si grands qu'ils seraient par cela même regardés comme incroyables.

Arrêtons-nous ici à l'espèce humaine.

1° Grandeur de la stature.

2° Quantité de la force.

3° Durée de la vie.

4° Durée de la vie sans aliments.

5° Période de gestation.

6° Nombre d'enfants dans le même accouchement.

Entre tous les faits qui s'écartent du cours ordinaire, ceux qui sont relatifs à nous doivent obtenir la préférence par deux raisons : ils sont plus intéressants que les autres, plus faciles à observer, et il se présente plus de cas où ils deviennent le sujet des controverses judiciaires, en particu-

lier le période de la gestation, question qui décide de la légitimité des enfants.

Par rapport à ces faits singuliers, l'erreur à redouter de la part du juge sera plutôt du côté négatif que du côté affirmatif; c'est-à-dire, il sera plus disposé à les rejeter témérairement qu'à les croire trop facilement. Pourquoi? parceque dans la plupart des occasions où des faits de ce genre peuvent fournir une question judiciaire, ce que le juge connaît le mieux, c'est le cours ordinaire de la nature; mais surtout pour ces écarts sur lesquels les anatomistes ou les médecins sont presque seuls compétents à prononcer, si un juge ne veut pas consulter les experts, il sera naturellemment disposé à prendre le parti de la négation, et pourra porter un jugement erroné.

Prenons un exemple. Combien de temps peut-on croire que la vie humaine ait été prolongée dans l'abstinence de tout aliment? A Londres, en 1753, Élisabeth Canning fut condamnée pour parjure. En prenant l'ensemble des preuves, je n'ai pas le plus léger doute qu'elle ne fût coupable; mais si elle eût été condamnée uniquement sur le nombre de jours qu'elle avait passés sans prendre aucune nourriture, je doute que ce jugement eût été confirmé par des personnes de l'art. Pourquoi? parcequ'en divers temps, j'ai lu des relations qui paraissaient bien attestées et

qui n'offraient rien de suspect dans les circonstances, d'après lesquelles la prolongation de la vie sans nourriture avait excédé de plusieurs jours celle d'Élisabeth Canning.

Dans les cas que j'ai présentés ci-dessus, il n'en est peut-être aucun qui ne puisse entrer dans une cause judiciaire.

1° *Durée de la vie.* Teleus ayant droit à une annuité dans un pays éloigné, envoie son certificat de vie pour réclamer le paiement. L'âge de Teleus est cent soixante-dix ans. Parr était parvenu à cent soixante-un ans, Jenkins à cent soixante-neuf; mais le juge n'a point entendu parler de Parr ni de Jenkins, ou ne croit pas à cette longévité extraordinaire. Il n'y a pas longtemps qu'il a paru un article dans un papier périodique sur un homme encore vivant qui avait passé cent quatre-vingts ans.

2° *Durée de la période de gestation.* C'est un point de question qui n'est pas très rare dans les tribunaux, et qui est de la plus grande importance pratique pour la légitimité des enfants. Il y a des grossesses bien attestées qui ont duré au-delà de treize mois. Dans le cas d'une grossesse prolongée au-delà du terme de dix mois, un juge téméraire trop décidé pour recourir à des témoignages scientifiques, pourrait commettre la plus cruelle injustice.

3° *Nombre d'enfants nés du même accouchement.* La naissance de trois enfants en même temps est un fait assez connu pour ne pas admettre de doute sur sa possibilité. Une personne se présente avec une réclamation de succession, et dit : Ma mère a eu quatre enfants à la fois, et je suis l'un d'eux. « Quatre à la fois! dit le juge, » je ne puis pas le croire : pour trois, j'en ai » connu des exemples ; mais quatre, c'est un fait » impossible, je ne veux pas recevoir vos preu- » ves. » Je me rappelle avoir vu dans les papiers publics une notification de cinq à une seule naissance, avec désignation des noms, du temps et du lieu.

4° *Nombre d'enfants nés d'une même femme.* Une précipitation erronée peut avoir lieu dans ce cas comme dans le précédent. J'ai un souvenir distinct d'avoir lu un exemple de quarante enfants de la même mère.

5° *Durée de la fécondité dans les femmes.* Je crois avoir lu un cas où elle avait eu lieu après soixante-dix ans. Une succession est réclamée en faveur d'un enfant dont la mère (et c'est en ceci que consiste l'objection contre lui) doit avoir eu soixante ans lorsqu'elle l'a mis au monde. — C'est un fait impossible, dit un juge téméraire, il n'est pas besoin de l'admettre à faire ses preuves [1] !

[1] On rapporte que les femmes qui avaient passé l'âge de la

de tout autre, de le soulever. — Pour le nombre des enfants, la légende irlandaise rapporte qu'en conséquence de l'imprécation d'une femme enceinte, la comtesse de Desmond eut autant d'enfants qu'il y avait de jours dans l'année; je ne me souviens pas si ce fut dans un seul accouchement ou dans plusieurs. La naissance de cinq à la fois a été annoncée avec toutes les circonstances du fait: prenant ce nombre pour certain, celui de six serait-il incroyable? allez ainsi d'un à un, jusqu'à la fécondité de la comtesse Desmond. Seulement plus le nombre est grand, plus ils doivent être en miniature, comme les démons de Milton dans le grand conseil du Pandemonium [1]!

[1] Bacon, dans son Système encyclopédique, fait entrer comme partie nécessaire un traité de toutes les déviations du cours ordinaire de la nature; et d'Alembert a renouvelé cette idée dans la table synoptique de l'Encyclopédie française. L'exposé de ces faits serait la partie fondamentale de cet ouvrage. Par rapport à ceux qui peuvent former des questions dans les tribunaux, et dont la propriété et l'honneur peuvent dépendre, ne serait-ce pas une chose désirable que le gouvernement prît des mesures pour s'assurer de leur authenticité et pour les conserver dans un registre? A présent les faits de cette classe ne reposent que sur la foi d'un paragraphe dans les papiers publics. Mais qui peut dire s'il n'arrive pas quelquefois qu'un fait faux de cette nature est ainsi jeté dans le public avec quelque intention secrète de servir de preuve dans quelque cas individuel? Comme preuve unique du fait en question, il se peut que le juge fasse ou ne

fasse pas attention à ce paragraphe. Mais quoiqu'il ne l'admette point directement, il peut toutefois avoir une certaine influence sur son esprit. Le juge, dans le doute, peut avoir recours au témoignage scientifique des experts; mais ce témoignage des experts ne peut-il pas être fondé sur tel ou tel rapport dans les publications périodiques dont l'effet reste dans l'esprit, lors même que l'on ne peut plus se rappeler où l'on a puisé le fait?

CHAPITRE VIII.

Nature de l'argument tiré de l'impossible et de l'improbable.

L'argument tiré de l'impossible ou de l'improbable, par rapport au fait dont l'existence est affirmée, revient donc à celui du contre-témoignage, et n'est au fond qu'une preuve circonstancielle.

Le fait en question est en opposition avec le cours ordinaire de la nature. Ce cours ordinaire de la nature est établi et connu par l'expérience la plus générale, et il peut l'être directement par le témoignage d'une multitude indéfinie d'individus.

Cette masse de témoignages présumés peut s'appeler *contre-témoignage général*, et cette dénomination les distingue clairement du *contre-témoignage spécial*, dont il a été question dans les livres précédents.

Mais, dira-t-on, quand il s'agit d'un fait impossible, intrinsèquement impossible, son impossibilité saute aux yeux; il est jugé aussitôt qu'énoncé; il n'est pas besoin de recourir à d'autres

faits pour les opposer à celui-là, on le rejette sans s'embarrasser d'aucune preuve.

Je conviens que le langage ordinaire nous conduit à penser ainsi ; mais cette notion, examinée de près, paraîtra fort inexacte. La nature du cas exige que d'autres faits soient pris en considération, et ces faits, n'étant pas mis en avant sur des preuves directes, ne peuvent se ranger que sous le chef de preuves circonstantielles : or il ne faut pas oublier que les preuves de cette classe sont toujours exposées à être combattues, non seulement par des contre - témoignages spéciaux, mais encore par des suppositions infirmatives.

Prenez un cas de sortilége. Il faut se rappeler que des objets qu'on ne mentionne pas aujourd'hui sérieusement étaient, parmi nos aïeux, une cause de terreur. Le fait imputé est qu'une vieille femme a voyagé dans les airs avec une vélocité prodigieuse, sans autre instrument qu'un manche à balai. Croyez-vous ce fait? — Non. — Pourquoi? — Parcequ'il est impossible. — Impossible? donnez des preuves. — Qu'est-il besoin de preuves? raisonner sur une pareille extravagance, c'est avoir perdu la raison.

Voilà sans doute un préjugé légitime et qui fait honneur aux lumières du siècle ; mais celui dont l'opinion n'est fondée que sur ce préjugé aurait

condamné les sorciers dans le temps où le prejugé était contre eux.

Je rejette aussi le fait en question ; mais pourquoi ? Parceque, s'il était vrai, il serait en contradiction avec les lois de la nature. Une de ces lois est qu'aucun corps ne soit mis en mouvement, à moins que la force motrice ne soit suffisante pour vaincre l'attraction de gravité, etc. , etc.

Mais en me référant à ces lois de la nature, en les alléguant pour abréger la discussion, ai-je fait autre chose que de me référer à un assemblage immense de faits avec lesquels le phénomène en question me paraît incompatible? Tous les corps à moi connus ont une tendance vers le centre de la terre. Mais comment suis-je conduit à tirer une conclusion si générale ? Je le suis par mon expérience personnelle, par le témoignage de mes semblables, par celui des savants qui ont fait leur étude particulière des connaissances naturelles, et qui ont écrit expressément sur ce sujet. Cette masse d'informations toujours croissante peut, si on veut l'analyser, se réduire à autant d'articles distincts de preuves, perception, rapport, témoignage oral ou écrit, etc.

Mais à quoi tout cela monte-t-il ? il n'y a pas là une preuve directe qui combatte le voyage magique supposé. Qu'est-ce donc? Ce sont des preuves circonstancielles, et pas autre chose

Ainsi tout l'argument tiré de l'impossible se réduit à une disposition de notre esprit à rejeter les faits extraordinaires, les faits qui ne sont pas conformes aux faits habituels. Or cette disposition de notre esprit, fondé sur l'état actuel de nos connaissances, n'est point une preuve concluante contre l'existence de ces faits : notre incrédulité à leur égard ne peut pas les anéantir s'ils ont existé. Nous disons qu'ils sont contraires aux lois de la nature : mais celui qui les affirme nous répond que nous ne connaissons pas toutes les lois de la nature ou toutes les exceptions dont elles sont susceptibles.

Un partisan de la magie, sans être un raisonneur très subtil, aurait bien des choses à dire pour affaiblir notre confiance dans la preuve que nous tirons de l'impossible, c'est-à-dire de l'inconformité des faits magiques avec les faits qui constituent le cours ordinaire de la nature. Mais il y a un point fatal sur lequel tous ses arguments iraient échouer. Ce point fatal, c'est la faiblesse comparative de la preuve directe ou du témoignage spécial par lequel il veut établir leur existence. Il sera fort en argumentant de notre ignorance sur les moyens de la nature, mais il sera réduit à la dernière faiblesse, lorsqu'en venant à tel ou tel cas particulier, il voudra prouver l'existence d'un de ces faits que lui-même regarde

comme des exceptions au cours ordinaire des évènements physiques : c'est là, c'est dans les relations de ces faits prétendus qu'on trouve dans les témoins tous les caractères de l'erreur, de l'extravagance et du mensonge. Ceci demande des développements que nous donnerons ailleurs, quand nous examinerons les causes qui déterminent à croire le merveilleux. Il nous suffit à présent d'avoir indiqué la véritable réplique à l'argument qu'on peut tirer de notre ignorance des lois naturelles, en faveur des faits qui sont en opposition avec le cours ordinaire de la nature.

CHAPITRE IX.

Examen de l'opinion de certains philosophes, que l'improbabilité d'un fait n'est pas une raison suffisante de le rejeter contre des témoignages affirmatifs.

Nous venons de voir que l'improbabilité d'un fait est une sorte de contre-témoignage général qui dispose à le faire rejeter, quel que soit le nombre des témoins en sa faveur.

Du *oui* ou du *non* sur ce fait, quel est le plus probable? Qu'il soit vrai, quoiqu'il paraisse impossible, ou que les témoins qui en déposent soient trompeurs ou trompés? Voilà la question.

Écoutez quelques philosophes, subtils raisonneurs. — Il y a des cas, vous disent-ils, où l'improbabilité du fait, même au plus haut degré, ne doit pas être considérée comme détruisant la force probante du témoignage direct qui affirme son existence. Pourquoi? Parceque l'improbabilité supposée n'a d'autre base que l'expérience humaine; mais la force probante du témoignage direct repose sur un fondement antérieur, plus solide que l'expérience; savoir, un sentiment inné, un penchant inné dans le cœur humain

à croire ce qui est affirmé par ce témoignage. Ce penchant à croire, disent-ils, se manifeste dès la plus tendre enfance, dans une période qui précède toute expérience, toute connaissance de la conformité entre les faits rapportés et le témoignage de ceux qui les rapportent.

Les *idées innées* étaient, avant Locke, le moyen de prouver tout ce qu'on voulait, et tout ce qu'on ne pouvait prouver autrement.

Aux idées innées, la doctrine en question substitue les *penchants innés :* je dis *substitue*, si toutefois ce n'est pas la même chose.

Mais le penchant admis, quel usage en fera-t-on? On le destine à prouver que des faits improbables, au plus haut degré d'improbabilité, peuvent être admis comme vrais, dès qu'ils sont donnés comme tels par des témoins d'ailleurs très respectables.

D'après cet argument, les conceptions les plus fausses, les notions les plus extravagantes peuvent être admises comme vraies; car il n'y en a pas une qui ne soit le résultat de ce penchant à croire, ce penchant qu'on suppose antérieur à l'expérience, comme si rien de ce qui suit le moment de la naissance pouvait être antérieur à l'expérience.

Deux propositions différentes sont renfermées dans cet argument : 1° que la disposition à croire

le témoignage a une autre cause que l'expérience ; 2° que si elle a une autre cause, il en résulte une raison suffisante de croire, même contradictoirement à l'expérience.

Ces deux propositions sont également absurdes. Je renvoie pour la première à ce qui a été dit dans le premier livre, chap. 7. Pour la seconde, il suffit d'observer que cette disposition innée à croire étant admise, il serait bien déraisonnable d'en conclure qu'il n'y a rien à faire qu'à s'y livrer. Toutes les croyances de la terre auraient dans ce système un appui naturel et une base également légitime.

Mais si le penchant à croire est une raison suffisante de croire, dans le cas où ce penchant n'existe pas ou qu'il a cessé d'exister, quel argument fournit-il contre l'incrédule ? Pouvez-vous justement exiger de moi de croire une chose qui me paraît improbable, parceque d'autres ont un penchant à le croire ? La foi d'un enfant sera-t-elle la mesure de la foi des hommes ? Faudra-t-il croire à cinquante ans ce qu'on croyait à dix ?

Si, d'après un penchant inné, il est bon de croire, il sera encore mieux d'agir. Ce qui correspond à croire des choses improbables, c'est de faire des actions extravagantes. Ce que l'un est en théorie, l'autre l'est en pratique.

Quel est en dernière analyse le principe de ces métaphysiciens? « L'improbabilité d'un fait » n'est pas une raison suffisante pour refuser de » le croire, s'il est attesté par des témoins dont » le caractère ne soit pas exposé à des causes spé» ciales de soupçon. »

Cette doctrine n'est dans le fait qu'un appel aux préjugés contre l'examen : on veut nous persuader de rejeter les conseils de l'expérience, de croire à des faits que l'expérience contredit, par la seule raison qu'ils ont été affirmés par des témoignages humains; on veut donc nous faire renoncer à la faculté qui nous élève au-dessus des brutes, et nous déterminer gravement à nous rendre fous ou imbéciles.

Que le témoignage humain soit le plus souvent conforme à la vérité, c'est un principe que j'admets, et qui est fondé sur l'expérience : mais l'expérience m'apprend aussi que dans la masse totale des assertions il y en a beaucoup de téméraires et beaucoup de fausses.

Quand j'examine tous les motifs qui peuvent influer sur les témoignages, je n'en vois pas un, de ceux qu'on estime bons comme de ceux qu'on estime mauvais, qui ne puisse porter des témoins à mentir. Ainsi, dès qu'il s'agit de témoignage humain, il ne peut jamais exister une pleine et parfaite assurance qu'il ne puisse être entaché de

fausseté ; et si vous y ajoutez les cas où, exempt de mensonge, il est suceptible d'erreur, vous verrez s'écrouler toute la doctrine de ces philosophes, parcequ'elle suppose dans le témoignage humain un degré de certitude qu'il ne comporte pas. Cette certitude qui manque au témoignage humain se trouve dans les faits physiques. Ils sont invariables dans le même ordre, ils ne se démentent jamais : *Natura semper sibi consona.* Prenez un exemple entre mille. Le fer est plus pesant que l'eau. L'assertion de mille témoins ne rendrait pas le moins du monde probable à un homme d'un esprit sain qu'une masse de fer, dans un cas quelconque, se soit trouvée plus légère qu'une masse égale d'eau.

Supposant un fait de cette espèce attesté et bien attesté par des témoins respectables, supposant en un mot l'assertion au-dessus de tout soupçon de mensonge, qu'en devrait-on conclure ? Qu'ils ont pris pour du fer ce qui n'était pas du fer, mais quelque autre substance revêtue d'une couleur ferrugineuse ; ou qu'ils ont pris pour de l'eau ce qui n'était pas de l'eau, mais quelque autre liquide, du mercure par exemple, avec une couche d'eau supérieure ; ou qu'enfin ils ont pris pour une masse solide de fer ce qui n'était en réalité qu'une masse creuse, c'est-à-dire un espace vide enclos dans une caisse de ce métal.

Accéder au principe de ces philosophes sur le témoignage humain, ce serait donc renoncer à prendre l'expérience pour notre guide, et saper les fondements de la sûreté dans toutes ses branches.

Arrêtons-nous un moment à examiner les exemples dout ils se sont servis pour affaiblir l'argument déduit de l'improbable. Leur but, ne l'oublions pas, est de montrer qu'en vertu d'une disposition innée, nous admettons continuellement les faits les plus improbables sur des témoignages comparativement très faibles.

Un bac a traversé deux mille fois la rivière sans enfoncer. Un inconnu, qui se donne comme témoin oculaire, rapporte que ce bac s'est enfoncé au deux millième passage, plus un. — Voilà, dit-on, un fait hautement improbable, — improbable, dans la raison de deux mille à un, — qui sera cru sur le témoignage d'un seul témoin dont rien ne répond. — Et peut-on dire qu'il soit déraisonnable de le croire?

Improbable, dites-vous, dans la raison de deux mille à un! — Non pas même d'un à un. Quiconque a vu un bac, chargé d'un poids considérable, flotter sur son mobile élément, ne trouvera aucune improbabilité qu'il ait chaviré, eût-il fait sans accident le même trajet, non pas deux mille fois, mais dix mille.

Si, au lieu d'un radeau pesamment chargé, il s'agissait d'un radeau de liége qui ne portât rien, c'est alors qu'il y aurait de l'improbabilité dans le fait de sa submersion, et une improbabilité telle, qu'on n'en croirait pas le rapport de mille témoins, lors même qu'ils se diraient témoins oculaires.

Dans un essai sur les preuves, le docteur Price a cherché à établir une proposition qui mettrait fin à l'argument tiré de l'impossible. « Les évène-» ments improbables au plus haut degré, dit-il, » les évènements qui tiennent du prodige, sont » si communs, que l'improbabilité naturelle d'un » fait ne peut pas former une objection naturelle » contre le témoignage. »

Examinons cet argument en lui-même, sans le considérer relativement au but particulier de l'auteur, qui était d'affaiblir ou de détruire une des objections de Hume contre les miracles.

Dans les loteries, dit-il, l'échéance du gros lot à un numéro donné est un évènement improbable au plus haut degré. Supposez cinquante mille billets et un seul gros lot, il y a cinquante mille à parier contre chaque numéro; et cependant, sur le premier rapport que ce gros lot a échu à tel numéro, personne n'hésite à croire un fait si improbable sur le plus léger témoignage. Mais en présentant ce cas comme un exemple

d'un fait improbable, l'auteur a négligé une circonstance essentielle qui le fait entièrement sortir de la classe des faits qu'il avait dans l'esprit, tellement qu'il n'y a aucune conséquence à tirer de l'un à l'autre. Cette circonstance oubliée est que l'évènement en question doit nécessairement arriver : il faut de toute nécessité qu'un numéro gagne, et la chance est égale pour tous. Doublez, triplez le nombre des billets, vous augmenterez la chance contre chacun d'eux; mais vous ne produisez pas le plus léger doute sur l'existence du fait lui-même, l'échéance du lot sur un des numéros donnés.

Le terme *improbabilité* peut s'appliquer à cette occasion, j'en conviens; mais pourquoi? C'est que, pour exprimer les degrés d'improbabilité, on s'est toujours servi du langage de la doctrine des chances; et dans ce langage, le degré d'improbabilité se mesure et s'exprime par le nombre des objets considérés comme divisés en deux parcelles opposées.

Pour arriver à des idées claires, écartez le mot technique et mathématique d'*improbabilité*; substituez le mot familier et simple d'*extraordinaire*. Un nombre donné sort de la roue, de manière à faire adjuger le gros lot à son possesseur : y a-t-il dans cet évènement quelque chose d'extraordinaire? renferme-t-il quelque déviation du cours

commun de la nature? Point du tout. C'est un évènement attendu, nécessaire, qui n'occasione pas le plus faible mouvement de surprise.

Confondez les évènements extraordinaires avec les évènements improbables mathématiques, tout devient extraordinaire, tous les évènements physiques deviennent des déviations du cours établi de la nature. Un marchand de blé va dans un grenier, il prend une poignée de grains comme échantillon : il y avait dans le même grenier des milliards de grains qui avaient la même chance d'être pris. Selon le docteur Price, les évènements qui arrivent continuellement et partout, seraient tous improbables au plus haut degré, tous extraordinaires. Il y a l'infini à parier contre un que je ne placerai pas mon pied, en me levant de ma chaise, sur le point précis où je le placerai; et en allant ainsi d'exemple en exemple, vous trouverez que rien ne peut arriver qui ne soit improbable à un degré infini.

Cette circonstance, oubliée par le docteur Price et si bien sentie par tout le monde, la nécessité de l'échéance du gros lot sur un des numéros, étant admise, qui est-ce qui n'est pas prêt à croire, sur le plus léger témoignage, que tel billet dans la masse totale a été le billet heureux? Au lieu de cinquante mille billets, supposez-en un million, l'improbabilité mathématique sera augmen-

tée un million de fois; mais dans ce cas, l'échéance du gros lot sur un billet donné serait-elle plus difficile à croire? ce fait exigerait-il, pour être cru, un plus fort témoignage? Non, et il n'y a point de raison pour que cela fût. Passez maintenant d'un fait mathématiquement improbable à un fait physiquement extraordinaire. Le témoignage obtient sans peine votre assentiment à l'existence d'un homme de sept pieds de haut : le même témoignage produirait-il en vous le même degré de persuasion pour une taille de dix pieds, de vingt pieds, de cinquante pieds? assurément non. — Pourquoi non? — La raison en est évidente. Dans la loterie, les choses sont arrangées de manière que sur le million de billets l'un doit être le numéro fortuné. Mais dans l'ordre naturel qui vous est connu, il n'y a pas même une ombre de vraisemblance pour croire que les choses aient été disposées de manière à produire un homme d'une stature aussi gigantesque.

Cet examen n'est point une pure spéculation d'idéologie; il est d'une haute importance pour la pratique judiciaire. Confondez les faits mathématiquement improbables du docteur Price, avec les faits physiquement impossibles aux yeux de ceux qui ont quelque connaissance du cours ordinaire de la nature; admettez les faits de la première espèce et les faits de la seconde sur

le même témoignage; dès lors le règne de la magie, le règne du sortilége sont rétablis. On peut dresser les poteaux, on peut rallumer les bûchers pour les possédés et les démoniaques : plus on brûlera de sorciers, plus il y aura de raison pour en brûler encore. En vain dirait-on que des faits de cette nature sont trop improbables pour être admis, qu'on ne daignerait pas même écouter des témoins. Dans le système que nous venons d'exposer, qu'y a-t-il au monde qui ne soit pas improbable? et qu'y a-t-il de trop improbable pour n'être pas admis sur le plus léger témoignage?

Notre connaissance du cours de la nature est bien limitée : les jugements que nous portons sur ses lois sont bien sujets à l'erreur ; mais quelle confiance ne méritent-ils pas en comparaison du témoignage humain, pour des faits qui contredisent l'expérience universelle [1]!

[1] Les questions philosophiques sur les preuves, sur la validité du témoignage humain relativement à des faits improbables au plus haut degré, furent agitées en Angleterre et en Écosse à l'occasion de l'écrit de Hume sur les miracles. Dans un cas où la croyance était prédéterminée, que restait-il à faire pour la justifier, qu'à trouver des arguments qui pussent dénaturer celui qui résulte de l'expérience? La cause pour laquelle on faisait usage de ces sophismes en avait-elle besoin? ne pouvait-elle se soutenir sans eux? C'est une question qui n'appartient pas à ce sujet. Je dirai toutefois qu'un ecclésias-

tique anglais (Middleton, dans son admirable *Essai sur les pouvoirs miraculeux*) avait mieux tracé la ligne de séparation entre la raison et la foi. Frappé de toutes les objections contre le témoignage humain en matière de miracle, il avait mis dans le plus grand jour tous les caractères d'imposture, d'ignorance et d'imbécillité qui flétrissent les légendes; mais par rapport aux faits qui servent de base au christianisme, il les admettait sur la foi d'une autorité supérieure au témoignage humain, sur la foi de l'inspiration établie par des preuves internes dans les écrits apostoliques. Voltaire a rangé cet auteur parmi ceux qui ont fait le plus d'honneur au parti de l'incrédulité; mais des personnes qui l'ont connu m'ont assuré que cette imputation n'était point méritée.

CHAPITRE X.

Considérations judiciaires sur les faits contraires au cours de la nature.

Je commencerai par un article extrait du journal de Francfort, 2 septembre 1821. L'autorité municipale de Bamberg vient de publier la proclamation suivante : « A l'égard des essais de guérison que le prince de Hohenlohe, conseiller ecclésiastique, a trouvé bon d'entreprendre depuis quelque temps, l'autorité soussignée, chargée de la police de la ville, a pris des mesures propres à prévenir autant que possible les illusions de cette espèce, et à mettre un terme à l'affluence des véritables ou prétendus estropiés, mendiants, vagabonds.

» Les dispositions que nous avons prises ont été approuvées par l'autorité suprême. On les a communiquées à M. de Hohenlohe, en l'engageant à s'y conformer, et principalement à ce qu'aucun essai de guérison ne se fasse sans en informer préalablement la police, sans qu'une commission déléguée par l'autorité soit présente, et sans l'assistance de quelques méde-

» cins, et par conséquent que ces *essais ne soient* » *jamais faits clandestinement.*

» Ledit prince ne voulant soumettre ses essais » ni à cette surveillance ni à ce contrôle, ils doi- » vent cesser entièrement.

» Afin que les étrangers ne fassent pas de voya- » ges inutiles et ne s'exposent pas à d'autres dan- » gers, on fait savoir que dans de telles circon- » stances aucun essai de guérison ne sera toléré, » et qu'il lui a été défendu d'en faire, sous peine » d'une amende considérable.

» Nous ajoutons que tous les essais faits par le » prince en présence de la commission et d'un ou » plusieurs médecins sont restés sans succès, et » qu'on n'a prôné comme miracles que les essais » qui ont eu lieu sans surveillance, sans examen, » sans connaître ni les malades ni les maladies, » en cachette ou bien au milieu d'une foule nom- » breuse, les premiers jours des menées dont » cette ville a été le théâtre. »

Par le magistrat de la ville,

Signé, DE HORNTHAL-BUSCH.

Bamberg, 30 août 1821.

Le prince de Hohenlohe s'étant adressé au pape pour en obtenir la permission de faire des gué-

risons miraculeuses, le saint siége lui enjoignit les mêmes précautions, et depuis ce temps on ne parle plus de ces miracles.

Voilà le modèle de conduite à suivre par rapport à tous les faits de la classe dont nous parlons. Il faut les soumettre à tout ce qui peut garantir leur authenticité. L'Angleterre en avait donné l'exemple au commencement du siècle dernier. Un homme qui, par son caractère et ses hautes connaissances dans les mathématiques, était au-dessus du soupçon d'imposture, s'annonça comme appelé par le ciel à ressusciter un mort. Cette expérience fut faite devant un grand nombre de témoins avec toute la solennité qu'il put désirer; le mort ne ressuscita pas, et la police fit enfermer le fanatique et ses associés. Si vous avez des apparitions, des enchantements, des exorcismes, soumettez-les à des procédures régulières; appliquez-leur toutes les sûretés qu'on requiert, par exemple, dans un tribunal anglais, pour les faits les plus naturels, la publicité, l'interrogatoire, l'examen et les peines légales du mensonge, à moins qu'on n'admette en principe que plus un fait est difficile à croire, plus il faut être facile sur les preuves.

On ne peut observer sans étonnement que dans un grand nombre de cas, où il aurait été de l'intérêt des parties, et même de leur devoir, de

provoquer une enquête avec toutes les formes qui peuvent donner de la sûreté au témoignage, ces enquêtes n'ont jamais été demandées; il n'y a eu aucun moyen de conviction mis en œuvre dans des cas où la conviction était aussi facile que désirable, si le fait en question eût été vrai.

Si on se bornait à recueillir des témoignages pour des faits passés, sur lesquels l'opinion est déjà formée, il n'y a aucune imposture qui ne fût assurée d'un plein succès. Les miracles sur la tombe de l'abbé Pâris étaient attestés par de nombreux témoins moralement respectables. Ce n'est pas un prodige fait qu'il faut exposer au défi d'une cour de justice, c'est un prodige à faire; c'est dans ce cas seul qu'on peut s'assurer de toutes les circonstances et mettre la vérité dans tout son jour.

Une autre considération très importante qui affecte une grande partie des faits de cette classe, en particulier les apparitions, c'est qu'ils n'ont jamais été représentés dans une cour de justice comme ayant eu plusieurs témoins oculaires dans le même temps. Tout repose sur la foi d'un seul témoin, et d'un témoin intéressé.

Beaucoup d'hommes ont cru de bonne foi aux apparitions, aux revenants, aux communications avec des êtres incorporels; ils ont vu, ils ont entendu à plusieurs reprises, avec des circonstances

qui ne leur laissent aucun doute; mais ce prodige n'a été que pour eux : leur déposition n'est appuyée d'aucune autre. Pourquoi cela ?

Un rapport de cette nature est l'effet d'une illusion ou d'un mensonge.

Si c'est l'effet d'une illusion, elle n'agit que sur l'individu malade. Dans le cas d'un célèbre auteur de Berlin [1] qui a donné une relation curieuse et instructive de ce phénomène, l'apparition du fantôme était le résultat d'une indisposition corporelle, et le fantôme représentait une personne connue du malade. Le fantôme ne se montre pas à deux personnes dans le même temps, parceque deux personnes ne sont pas sujettes dans le même temps à une indisposition physique ou mentale qui produise une apparition de la même nature [2].

[1] Nicolaï. V. *Tilloch's, Philosophical magazine; Hibbert's, Philosophy of apparitions.*

[2] Voici deux lois physiques qui expriment les rapports entre l'existence des perceptions internes qu'on appelle visions, et les causes externes de ces perceptions.

1° *Nullum spectrum sine corpore radiante.*

Point d'image sur la rétine de l'œil sans un corps rayonnant.

Cette loi admise dans le caractère d'une loi certaine et universelle, met fin à toutes les histoires de revenants.

2° *Nullum corpus radians sine spectro.*

Point de corps rayonnant devant l'œil en état de voir,

Si le rapport est l'effet d'un mensonge, il ne se trouvera pas deux personnes qui concourent à en faire une déposition solennelle en présence d'un tribunal. On ne tente pas une imposture si difficile à soutenir. Soumis à un sévère examen, devant des hommes exercés, les auteurs d'une telle fable ne pourraient pas espérer de ne point se contredire mutuellement. Le fourbe qui se vante de ses apparitions ne les attribue qu'à lui seul, et ne les confie qu'à des auditeurs choisis. Des associés dans cette branche d'imposture seraient trop dangereux.

Les faits surnaturels, à l'exception des guérisons dont nous parlerons bientôt, ne sont jamais *d'une nature permanente.* Un sorcier traverse les airs, une magicienne évoque un esprit, un revenant enveloppé de son linceul apparaît au chevet d'un malade, des images de saints ont fait des signes, un mort touché par une relique a donné des signes de vie. Le prodige est attesté, mais il est évanoui. Si cela n'était pas, on pourrait demander la preuve, la production de la chose; on pourrait soumettre le fait à une procédure régulière, vérifier le témoignage. Mais que faire? comment prouver ce qui ne peut se manifester, ce

qui ne produise sur la rétine une image correspondante.

Cette loi reconnue met fin à toutes les histoires de personnes qui se sont rendues invisibles.

qui n'a laissé aucune trace? Quelle prise peut-on avoir sur des faits évanescents? et un fait qui ne peut jamais être prouvé, quelle foi doit-il obtenir?

Dans le cas des apparitions, par exemple, l'être dont on parle comme apparaissant n'est pas de la classe des êtres qu'on peut produire en justice: c'est un ange, un diable, un revenant, un spectre. Ainsi la première condition requise pour la validité du témoignage manque absolument dans ce cas.

Toutes les fois que le spectacle de quelque fait surnaturel a été présenté à plusieurs personnes réunies pour le voir, ce spectacle n'était qu'une jonglerie. Mais qu'est-ce qu'une jonglerie? C'est une violation *apparente* d'une loi de la nature, qu'on opère en cachant quelque circonstance; et cette circonstance étant connue, le phénomène se réconcilie avec l'ordre naturel. La fantasmagorie, devenue un jeu sur nos théâtres, a montré comment on a pu se servir de moyens naturels inconnus au vulgaire pour évoquer dans les ténèbres les apparitions les plus imposantes.

Les *guérisons*, dira-t-on, sont d'une nature permanente, et par conséquent les preuves judiciaires peuvent s'y appliquer dans toute leur rigueur. Soit; mais pour établir qu'une guérison est surnaturelle, il faut que le tribunal ait un moyen de la distinguer de toute guérison natu-

relle. Ce moyen existe-t-il? Je ne décide rien à cet égard. Je dis seulement que le fait de la cure miraculeuse est en concurrence avec six autres faits dont il faut peser séparément la probabilité comparative.

1° Point de maladie réelle, ou du moins point de telle maladie : les symptômes existants ne sont que dans l'imagination.

2° Point de maladie : les symptômes prétendus ne sont que des mensonges.

3° La maladie guérie, mais par quelque autre remède ou par le seul fait de l'imagination.

4° La maladie guérie, mais naturellement.

5° La maladie non guérie radicalement, mais seulement suspendue ou adoucie.

6° La maladie restant la même, sans aucun degré de guérison; la cessation du mal étant annoncée soit par erreur soit par mensonge, de la part du malade, ou du public, ou de l'opérateur.

Je le demande : connaît-on dans les annales de la jurisprudence un seul cas où on ait appliqué à une guérison prétendue surnaturelle un procédé judiciaire qui ait vérifié tous ces points, qui ait fait évanouir toutes les causes de suspicion si naturellement attachées à des faits de cette nature?

D'après cette vue du sujet, il me paraît que les hommes les plus incrédules sur les faits contraires au cours de la nature pourraient en toute sûreté

admettre leur existence conditionnellement. Je les croirai, dira-t-on, pourvu qu'ils soient attestés par un nombre de témoins irrécusables sous le rapport intellectuel et moral, pourvu que leurs dépositions soient recueillies d'après un examen juridique conduit avec une habileté compétente, et avec toutes les formes qui peuvent en garantir la vérité.

Cette dernière condition est essentielle : car, si vous voulez vous contenter d'un mode imparfait de procédure, vous prouverez des actes de sortilége comme ils ont été prouvés autrefois, et vous les prouverez d'une manière concluante pour la destruction des accusés.

Rapportez-vous-en, par exemple, à des aveux extra-judiciaires : et vous pourrez, sur leur propre confession, brûler, comme sorcières, un nombre infini de vieilles imbéciles. Rédigez vous-même leur déposition par écrit, en termes généraux et avec une marque de leur main pour signature, elles seront facilement et dûment convaincues. C'est ainsi qu'en usaient encore les habiles jurisconsultes et les juges éclairés des quinzième et seizième siècles. Gardez-vous bien surtout de scruter la valeur des témoignages, et d'exiger, comme dans les cas ordinaires, que les dépositions soient fondées sur la preuve réelle, sur la production de l'objet réel et permanent.

S'il s'agit, par exemple, d'un mort rendu à la vie par l'attouchement d'une sainte relique, ne demandez pas que le ressuscité soit amené devant vous. Ces sauvegardes de la vérité, et toutes les autres que nous avons énumérées, seraient des inconséquences de votre part, si vous voulez prouver des faits de ce genre [1].

[1] Je vais citer un trait dans lequel on verra le désir de croire au merveilleux joint à la bonne foi et à la recherche de la vérité. Mon garant est M. Bonnet de Genève, que j'ai eu le bonheur de voir dans ma jeunesse. On sait que ce savant métaphysicien admettait les miracles comme une des bases du christianisme. Cette observation n'est pas indifférente au fait que je cite d'après lui.

Lavater, que ses écrits ont placé parmi les auteurs célèbres, et sa mort parmi les patriotes immortels, partit de Zurich pour se rendre chez son ami le philosophe de Genthod, après lui avoir annoncé sa visite comme ayant un objet d'une haute importance. Je connais à Morat, lui dit-il, une femme qui a la faculté merveilleuse de voir tout l'univers dans un bassin d'eau où chaque point du globe sur lequel elle dirige son attention se réfléchit comme dans un miroir. —M. Bonnet conseille à son respectable ami de ne pas prêter son imagination à des visions qui ne tendent qu'à décrier les vérités les plus importantes, et à procurer un triomphe aux incrédules.—Lavater allègue une foule de faits sur les autorités les plus dignes de foi. Pourquoi n'y aurait-il plus de miracles? L'église chrétienne en a-t-elle jamais eu un plus grand besoin? Si Dieu en permit pour l'établir, n'en fera-t-il point pour la conserver? — Ne rejetons rien sans examen.— Accordez-moi ce que je vous demande, je vais à Morat:

Dernière considération. Il est essentiel, par

quatre fois par jour, à un moment précis je demanderai a cette femme de tourner ses regards sur votre demeure; je consignerai ses réponses par écrit. Ne me refusez pas de tenir un journal exact de ce qui se passera dans votre chambre aux mêmes moments.

M. Bonnet, presque honteux de sa complaisance, cède toutefois à la prière de son ami pour le désabuser. Lavater, rendu à Morat auprès de la devineresse, est émerveillé de sa simplicité, de sa pauvreté, de son innocence, de tout ce qui lui montrait le doigt de Dieu, qui se sert des choses faibles de ce monde pour confondre les forts et les puissants. Il ne manque pas aux heures convenues de consulter cette femme, qui, les yeux fixés dans son verre d'eau, y cherche et y voit la chambre même assignée à ses observations. Le premier jour elle s'écria qu'elle voyait M. Bonnet assis près d'une table, sur un fauteuil, et une dame couchée sur un sofa; le lendemain elle le vit arrangeant un paquet de livres et le remettant à quelqu'un. Le hasard fit que dans ces deux circonstances elle avait rencontré à peu près juste. Tout le reste de ses visions était ce qu'on pouvait attendre. Quand on compara les deux journaux, Lavater, humilié, abandonna son oracle et n'en parla plus; mais il n'eut pas le courage de décrier publiquement cette imposture.

Qu'il n'y ait point eu de pièce exacte de comparaison, point de procès-verbal permanent; que cette histoire eût été vaguement répandue, accréditée de deux noms célèbres, les traits de coïncidence auraient été exagérés, multipliés, décorés de toute manière, et les traits de dissemblance complètement mis à l'écart, du commun consentement des narrateurs, charmés de s'en imposer à eux-mêmes et d'étonner leur audience. (Ed.)

rapport à tous les faits de cette classe, d'observer que, par l'omission, l'addition ou le changement d'une seule circonstance qui ne paraît d'aucune valeur aux yeux d'un témoin ignorant ou qui ne lui a pas été connue, un fait parfaitement conforme aux lois de la nature peut être représenté comme une violation de ces mêmes lois. Ceux qui, dans les procès de sortilége ou de magie, déposaient que les accusés avaient employé des maléfices, prononcé des formules, fait des évocations et d'autres cérémonies bizarres, pouvaient bien croire qu'elles avaient fait périr un troupeau, mais ils ne savaient pas que les prétendus magiciens avaient été des empoisonneurs. Ils ne se trompaient pas sur le fait, mais sur la cause.

Un homme a été vu s'elevant dans les airs sur un bateau, et continuant à monter jusqu'à ce qu'il devînt invisible. Un témoin du fait omet, en le racontant, de faire mention du globe qui a peut-être échappé à son attention. Un autre narrateur qui a entendu parler du globe le supprime dans son récit, parcequ'il le juge trop extraordinaire pour être croyable. Il suppose qu'il a été ajouté par exagération ou par méprise. Il tait cette circonstance parcequ'il craint d'excéder les bornes du vrai; et cependant, aux yeux du philosophe, c'est le globe qui donne au fait sa crédi-

bilité, c'est le globe qui le réconcilie avec les lois de la nature.

Quand les Japonais, de retour chez eux, auront raconté l'ascension aérienne dont ils furent témoins à Pétersbourg, combien de spéculations n'auront-ils pas fait naître parmi les prêtres du Japon! Si la circonstance du globe a été omise, le fait lui-même leur paraîtra simplement une confirmation de l'existence d'un pouvoir déjà reconnu et admis parmi eux. Si le globe fait partie du récit, on en conclura que les sorciers russes sont plus habiles que ceux du Japon.

Plusieurs romanciers de nos jours se sont amusés à combiner des évènements qui paraissent provenir d'une puissance surnaturelle jusqu'à ce qu'une circonstance qui avait été soigneusement cachée explique le mystère et ramène le merveilleux à la vraisemblance de l'histoire.

On pourrait donc, sur la force du témoignage, admettre comme vrais des faits extraordinaires et même merveilleux, mais qui, dans la réalité, ne sont que des faits naturels tronqués et mutilés par une narration incorrecte et incomplète.

CHAPITRE XI.

Des motifs qui influent sur la croyance des faits contraires aux lois de la nature.

Nous avons vu combien la crédibilité des témoins dépend de leur état intellectuel et moral. Il n'y a aucun cas, même dans les choses qui sont le plus conformes au cours ordinaire de la nature, où les juges ne doivent se placer dans un état de doute, examiner si le déposant a eu tous les moyens d'information qui peuvent rendre sa déposition exacte et entière, et de plus, s'il n'a point été soumis à l'influence de quelque motif séducteur qui puisse altérer sa véracité ou son jugement.

Or, dans le cas des faits qui paraissent incompatibles avec les lois de la nature, il y a toujours une circonstance qui tend à rendre le témoignage suspect; l'*occasion* elle-même renferme quelque cause de déception qui agit sur l'entendement et sur la volonté des témoins : on peut présumer de la part des uns une disposition à tromper, et de la part des autres une disposition non moins grande à s'abuser. Des cas de ce genre

offrent toujours un grand bénéfice à l'imposture et un grand attrait à la crédulité. Quelle ne doit pas être la défiance du juge au milieu de témoins qui ne lui offrent pas la ressource de la contradiction mutuelle, mais qui, trompeurs ou trompés, voudraient tous concourir à l'égarer!

Arrêtons-nous à quelques uns de ces faits qui ont été les occasions les plus fréquentes de cette double déception. Je prends mes exemples dans des erreurs passées et qui ne peuvent plus fournir à aucune accusation judiciaire chez des nations civilisées; mais ce progrès de raison est encore si récent qu'il ne doit pas nous inspirer une orgueilleuse sécurité; et d'ailleurs il s'agit ici d'une maladie de l'espèce humaine qui se reproduit toujours sous différentes modifications. L'examen d'une erreur détruite peut en prévenir de semblables, comme l'ouverture et la dissection d'un corps mort peut éclairer sur la nature des maux physiques et sur les moyens de les guérir.

Motifs de crédulité au merveilleux.

Premier exemple. *Transmutation de métaux moins précieux en or.* — Le motif séducteur qui agit sur l'entendement de celui à qui la révélation du secret est promise se présente aussitôt à l'esprit : c'est le désir de posséder un moyen illi-

mité de fortune. — De la part de l'opérateur, si vous le supposez de bonne foi, il faut à ce même motif ajouter l'attrait d'une grande réputation, celui du pouvoir qui en est la suite, et le plaisir de la curiosité, toujours entretenu par des découvertes dans une science expérimentale féconde en phénomènes inattendus. S'il est de mauvaise foi, le motif séducteur s'applique à la volonté seule, et n'est autre que le désir du gain, le gain provenant de la vente d'un faux secret.

La croyance dans la pierre philosophale n'existe plus : toutefois on ne peut lire les relations qui nous restent de ces mystérieux adeptes, sans éprouver un vif intérêt de roman; et cet intérêt n'est-il pas fondé sur les mêmes dispositions dont l'ignorance de nos ancêtres a été si long-temps la dupe?

Que l'or fût changé en un métal moins précieux, en plomb par exemple, c'est un fait qui n'a rien de moins incroyable que celui dont il s'agit. Cependant le témoignage qui l'aurait affirmé n'aurait point éprouvé la même faveur. Pourquoi? parceque la force des motifs séducteurs n'eût pas été à beaucoup près aussi grande dans ce cas que dans l'autre, et que la volonté n'étant pas séduite, l'entendement serait resté libre pour juger de l'invraisemblance du fait.

La transmutation, prise dans le sens littéral,

implique deux faits antiphysiques, l'annihilation du premier métal et la création de l'or : mais il peut y avoir une transmutation apparente. Si l'or est un des ingrédients qui entrent dans la composition de quelque autre corps connu, par la séparation de ces autres ingrédients, celui qui reste paraîtra transmué en or. Si l'or est un composé de deux corps, et qu'on pût les trouver séparément et les réunir dans les proportions nécessaires, il y aurait une formation d'or, mais il n'y aurait point de transmutation.

Second exemple. *Guérison des maladies par des moyens extra-naturels.* — Dans ce cas les motifs séducteurs agissent avec une force incomparablement plus grande que dans celui que nous venons de citer : les deux passions les plus puissantes du cœur humain, l'aversion de la douleur et l'amour de la vie, se combinent pour entraîner le jugement et la volonté à la crédulité la plus aveugle.

Quant à ceux qui se donnent comme les agents de ces guérisons, ils peuvent être sincères ; mais la mauvaise foi est plus probable de leur part, et c'est bien le cas le plus ordinaire où, si l'on commence par être dupe, on finit par être fripon.

Cette espèce d'imposture est regardée avec moins de sévérité ; elle paraît moins blâmable parceque les illusions qu'elle produit sont d'un

genre agréable : on nous trompe en nous amusant : mais il n'y a point d'imposture en ce genre qui ne produise un mal général, en dépravant la raison, et un mal particulier, en opposant un obstacle aux progrès de la science. Le possesseur d'un faux spécifique est l'ennemi naturel du vrai remède : mais ce n'est pas tout; ces imposteurs, ces thaumaturges sont presque toujours l'instrument de quelque secte ambitieuse; ils ont quelque but indirect, et ils ne trompent que pour asservir.

La crédulité vulgaire sur ce point s'explique aisément : nous venons de voir que dans un cas de cette nature qui serait présenté aux juges, avant de prononcer qu'une guérison a été miraculeuse, ils auraient à exclure six autres faits qui s'offrent en concurrence et qui n'ont rien que de naturel. Mais peut-on attendre ce discernement du commun des hommes? ont-ils les moyens de juger si, dans la guérison prétendue, il y avait une maladie réelle, si le mal n'a point fini naturellement, s'il n'y a point eu d'autre remède employé, si l'imagination du malade frappée n'a point produit une suspension temporaire des symptômes morbides, si le récit tout entier n'est pas une fable, ou du moins s'il n'est pas altéré dans un grand nombre de circonstances?

L'histoire de la médecine est celle qui fournit les exemples les plus curieux de l'influence de

l'imagination; je n'en citerai qu'un. L'or a été long-temps regardé comme un remède souverain : et rendre l'or potable était le grand objet de la chimie. L'or est un remède pour les maladies! Et pourquoi? parcequ'il était précieux, parcequ'il était rare, parcequ'il était appelé le métal parfait, et qu'on lui donnait le soleil pour emblème. Voilà ce qui éblouissait l'imagination. Les diamants étaient encore plus précieux : heureusement pour la fortune des malades, on ne s'est pas avisé d'en faire un moyen de guérison.

Troisième exemple. *Moyens de prédire l'avenir.* — Aruspices, augures, oracles, sorts, astrologie.

Le motif qui agit sur l'entendement pour le disposer à croire ne peut être au fond que le désir d'anticiper un bonheur futur; mais plus souvent encore l'espoir d'éviter le malheur attaché à une certaine action, en prenant une conduite opposée.

Par rapport aux professeurs de l'art, s'ils sont de bonne foi, le motif qui séduit leur entendement est le plaisir de la curiosité, l'amour du pouvoir et de la réputation; mais en ce genre rien de plus rare que la bonne foi : Cicéron prétendait que deux aruspices ne pouvaient pas se regarder sans rire.

Beaucoup de causes ont concouru à nourrir la crédulité pour les oracles : les croyants avaient à citer un grand nombre de cas où l'évènement avait été conforme à la prédiction. Cette conformité n'avait rien d'extraordinaire, puisqu'il n'y a souvent que deux évènements possibles : par exemple, dans une maladie, la mort ou la guérison: dans une bataille, la victoire ou la défaite. Et combien les prêtres n'avaient-ils pas de moyens pour s'informer des circonstances; pour juger des probabilités; pour tirer les secrets de la bouche des consultants eux-mêmes; pour préparer leur imagination et la subjuguer; pour avoir raison dans tous les cas par des réponses ambiguës; pour amener enfin l'évènement prédit par l'influence même de la prophétie ! Ajoutez à cela le penchant naturel à faire valoir toutes les prédictions accomplies, à cacher ou interpréter celles qui ne l'étaient pas, et le succès des oracles n'est plus un objet d'étonnement. Toutes ces causes d'erreur, et particulièrement les fourberies des prêtres, ont été complètement exposées et démontrées dans le célèbre ouvrage de Van-Dale : il ne manquait à son livre qu'un interprète qui pût le rendre lisible, et Fontenelle a changé en diamants les cailloux du savant Hollandais.

Le traité *de la Divination* de Cicéron est un des monuments les plus curieux de l'antiquité. Si le

renversement du paganisme eût dépendu de la raison seule, ce livre l'aurait opéré. Point de liaison entre l'évènement qui sert à prédire et l'évènement prédit, tel est l'argument principal avec lequel il bat en ruines tout le système des augures.

Il y a eu peut-être plus de bonne foi dans la croyance de l'*astrologie* que dans tous les autres modes de prédire l'avenir. Ici l'immensité du champ des observations en imposait à la faiblesse humaine. L'influence du soleil sur le monde physique et sur les productions de la terre avait été probablement le premier anneau de cette chaîne d'erreurs.

Mais quel était le motif qui faisait mettre une si grande importance à pénétrer dans l'avenir, puisqu'il n'était pas possible de détourner un évènement écrit dans le ciel? L'ascendant de l'astrologie s'explique par son association au dogme des jours heureux ou malheureux : telle entreprise faite dans une certaine conjonction de planètes devait réussir; faite dans une autre, elle devait manquer.

Point de liaison entre les conjonctions des planètes et les évènements de la vie humaine; par conséquent, point de réalité dans l'art de l'astrologie.

Quatrième exemple. *Préservatifs.* — Talismans, reliques, amulettes, images.

Du côté de la crédulité, toujours les mêmes motifs. La peur est l'agent le plus fort sur l'imagination. Plus le moyen est étranger à toute influence naturelle, plus la confiance qu'il inspire est entière.

Mais comment cette foi si insensée se conserve-t-elle? voilà ce qu'il faut expliquer. Les accidents malheureux sont des évènements extraordinaires, comparés au cours habituel des choses : ainsi dès qu'on a placé sa confiance dans un de ces préservatifs, la croyance superstitieuse trouve beaucoup plus d'occasions de se confirmer que de se détruire : et quant aux malheurs, l'homme crédule trouve toujours le moyen de justifier à ses dépens le hochet dans lequel il a mis son salut. Le superstitieux aimerait mieux s'accuser de mille fautes que de douter de son talisman. C'est pour se ménager cette ressource que les imposteurs ont soin d'ajouter des cérémonies, des paroles et un grand nombre d'accessoires tous égalcment nécessaires au succès; outre l'effet que ces pratiques produisent sur l'imagination, qu'on en omette une seule, c'est l'homme qui a tort, et le talisman reste en crédit.

Je n'irai pas plus loin dans cet examen : il me suffit d'avoir montré par ces exemples que dans toutes les occasions où il est question de faits hors du cours naturel, il y a des causes particulières

d'illusion et des motifs spécieux d'imposture. La force des assertions de la part des témoins n'est qu'une raison de plus de se défier de l'état de leur jugement. Un fou, un fanatique, ne savent pas douter. Si dans tel cas particulier le juge ne peut pas remonter à la cause de l'erreur ou découvrir quel intérêt peut porter le témoin à mentir, il ne doit jamais oublier que l'existence d'un fait contraire aux lois de la nature est bien moins probable que la supposition d'une illusion ou d'un mensonge.

Si nous consultons les anciennes annales, nous trouverons que les auteurs les plus célèbres, ceux même qui passent pour avoir le mieux étudié le cœur humain, avaient bien peu réfléchi sur les causes qui infirment le témoignage, et particulièrement le témoignage extra-judiciaire. Je citerai ici Tacite, le grave Tacite, parlant de deux miracles attribués à l'empereur Vespasien[1]. « Ces » deux miracles, dit il, sont encore attestés par » ceux qui en ont été les témoins, maintenant » que; par l'extinction de cette famille impériale, » le mensonge n'aurait plus de récompense à es- » pérer. » Plus de récompense à espérer! Comme si la peine n'était pas un principe de séduction

[1] *Utrumque, qui interfuere, nunc quoque memorant, postquam nullum mendacio pretium.* Hist. lib. IV, c. 81.

plus fort que la récompense! comme si la perte de la réputation, l'infamie attachée au mensonge, n'étaient pas une peine!

Tacite croyait donc à ces deux miracles. Sa remarque ne peut avoir d'autre but que d'insinuer à ses lecteurs sa propre persuasion : à moins que son intention ne fût de tromper, il était trompé lui-même, et trompé pour n'avoir pas soupçonné l'existence d'un motif aussi naturel que la honte de se dédire.

En Angleterre, des miracles de la même espèce, mais infiniment plus nombreux et sans comparaison mieux attestés, étaient l'objet de la croyance générale au commencement du siècle dernier, et ne sont plus admis aujourd'hui, pas même par ceux qui ont encore quelque reste de foi pour les apparitions. C'était un attribut de la famille des Stuarts, de guérir leurs sujets de cette maladie scrofuleuse qu'on appelle en Angleterre *king's evil*. Une pièce d'or, après avoir reçu l'attouchement du roi, était donnée au malade, qui la portait à son cou. Je ne sais combien de temps ce pouvoir salutaire avait été exercé en Écosse, mais il fut transporté en Angleterre sous Jacques Ier, et n'a cessé qu'à l'établissement de la maison d'Hanovre.

Des opinions fausses, qui ont pris naissance dans des temps très reculés, ont enfanté, presque

de nos jours, des décisions juridiques plus alarmantes que les crimes les plus atroces.

Ces fausses opinions ont eu deux effets remarquables : l'un de disposer à croire à de faux témoins ; l'autre de faire naître de faux témoignages. En 1634, Urbain Grandier, accusé d'avoir livré à la possession du diable un couvent de religieuses de Loudun, après avoir subi d'affreuses tortures, fut brûlé à petit feu, sous les yeux d'une foule de spectateurs à qui la superstition inspirait une joie barbare. Les auteurs immédiats de cette catastrophe étaient des juges corrompus et des témoins intimidés ou séduits : mais les auteurs originaires étaient les diables qui prenaient possession du corps humain dans la Palestine.

Peu de temps après cette horrible tragédie, un juge anglais, d'une probité proverbiale, homme éclairé à plusieurs égards, mais imbu des erreurs de son temps, livra au supplice une prétendue sorcière, à l'aide d'un jury aussi aveugle que le juge. Les auteurs immédiats de cette con-condamnation étaient le juge ignorant et des témoins abusés : mais l'auteur originaire était la sorcière d'Endor ou la loi mosaïque, qui portait peine de mort pour les délits imaginaires de sortilége et de magie.

Je crois que la dernière scène de cette nature

s'est passée à Wurtzbourg, en 1750. Mais ces opinions fausses, si malheureusement prolifiques, subsistent encore dans une classe nombreuse, et se reproduisent sous des formes toujours diverses.

Entre les fausses opinions, les plus dangereuses, sans comparaison, sont celles qui s'appuient de la sanction religieuse. La persuasion qui les accompagne a été produite, non par la force des preuves, mais par une force toute différente, par celle de la terreur. Or, quelle ressource le raisonnement peut-il offrir avec des hommes qui regardent le doute, le simple doute, comme un crime, et l'incrédulité comme une offense envers Dieu, punie par des tourments infinis et inconcevables?

Mais comment le désir de croire produit-il la persuasion? Je vois bien, dans les promesses et dans les menaces, les forces par lesquelles la volonté de l'homme est soumise; mais par quels moyens l'entendement est-il mis sous le joug de la volonté?

Cette soumission de l'entendement s'opère de deux façons : 1° il dépend de ma volonté de donner mon attention à une considération et de la refuser à une autre ; il est au pouvoir d'un juge d'écouter un témoin qui parle dans son sens, de ne pas écouter celui qui le contrarie; il est en

son pouvoir d'admettre un écrit dans le caractère de preuve, et d'en rejeter un autre. Le pouvoir qu'un homme, dans son emploi de juge, exerce sur les témoins et sur les écrits, tout individu, dans son tribunal intérieur, peut l'exercer pleinement sur les arguments et les idées. Un argument auquel il refuse son attention est aussi complètement inefficace durant cette exclusion, que le serait le témoignage d'un témoin qui serait mis hors de cour avant d'avoir parlé, ou le document écrit qui serait écarté sans avoir été lu.

2° Si l'opinion intérieure n'est pas entièrement soumise à la volonté, l'opinion extérieure, si je puis parler ainsi, l'opinion déclarée par le discours, en dépend entièrement; mais celui qui est maître des discours des hommes se rend bientôt maître de leurs opinions : telle est la réciprocité d'influence entre les hommes, qu'ils se laissent plus souvent entraîner par imitation que par réflexion. Une opinion déclarée par un individu produit l'opinion d'un autre. Les faits que nous tirons de notre propre expérience sont en bien petit nombre en comparaison de ceux que nous avons besoin de connaître, et pour lesquels nous sommes obligés de nous en rapporter à autrui : ainsi dépendants de leur témoignage, nous nous accoutumons à dépendre de leurs opinions, nous présumons qu'elles sont originairement fondées

sur des preuves acquises par leur expérience. L'opinion est, pour ainsi dire, preuve de preuve, preuve présomptive de preuve directe.

Il n'est donc que trop vrai que celui qui peut forcer les déclarations d'opinion soumet par ce moyen l'entendement de cette classe nombreuse d'hommes qui ne reçoivent le plus grand nombre de leurs idées que d'emprunt. « Non, diront quel-
» ques zélateurs de la liberté et de l'indépendance
» de l'esprit humain ; vouloir forcer les opinions
» des hommes, faire la guerre à l'opinion, quelle
» perversité, mais en même temps quelle folie !
» La contrainte révolte, et la persuasion n'est ja-
» mais produite par l'autorité. » Voilà un texte qui a été souvent commenté et amplifié avec les intentions les plus droites. Que n'est-il vrai qu'une telle entreprise est aussi désespérée qu'elle est pernicieuse ! Forcer l'opinion d'une manière directe et immédiate, cela ne se peut pas : écraser une idée, l'expulser de l'esprit par une pression mécanique, c'est la chose impossible : ni l'épée ni les tortures n'y peuvent rien. La persécution ouverte manque son œuvre, si elle ne va jusqu'à la destruction ; mais par des moyens indirects, par l'influence des promesses et des menaces, par l'éducation, par des précautions prises de loin, on subjugue les faibles, on entraîne le troupeau servile des imitateurs ; l'autorité distribue

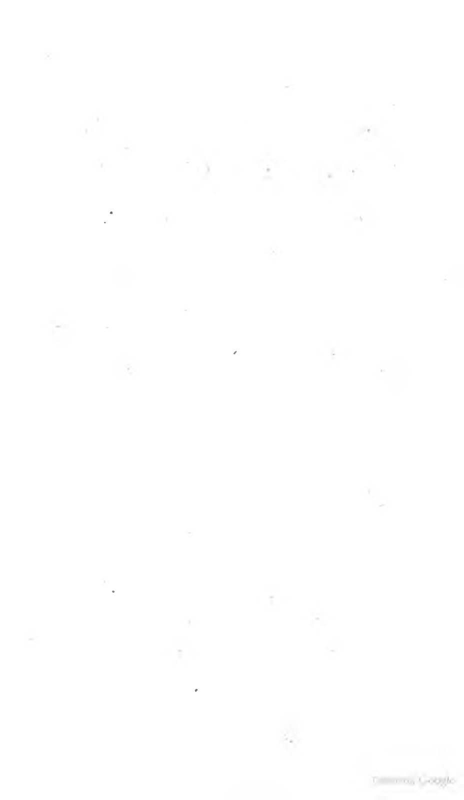
des honneurs; les tribunaux infligent des supplices, et les ministres de l'opinion régnante, plus terribles encore, excommunient, calomnient, flétrissent et remplissent de toutes les amertumes imaginables la vie des réfractaires auxquels ils annoncent des feux éternels.

Il n'est pas besoin de dire ici que tous les moyens par lesquels on cherche à asservir l'entendement des hommes sont plus que suspects. Des faits qui ont pour eux la vérité, des doctrines qui ont pour elles l'utilité publique, n'ont pas besoin d'un pareil appui : admettez ce principe, la conséquence est inévitable. Employer des moyens de force pour le maintien de ces faits et de ces doctrines, c'est faire l'aveu de leur fausseté et de leur absurdité.

Il faut observer que, sous l'influence de l'intérêt, l'incrédibilité naturelle d'un fait, loin d'être une raison pour le rejeter, en est souvent une pour l'admettre. Qu'il y ait une grande récompense attachée à parler de faits incroyables comme s'ils étaient certains; que cette récompense puisse être obtenue sans aucun sacrifice de réputation : pourquoi n'aurait-elle pas son effet? *Credo quia impossibile est :* ce mot, souvent cité, est le résultat de l'enthousiasme allumé par une grande espérance. A quel prix plus facile peut-on obtenir une récompense supposée infinie? Et

si on ajoute à cette force celle des menaces les plus redoutables, leur opération réunie est irrésistible.

J'ai voulu établir dans ce chapitre que, relativement à des faits contraires aux lois de la nature, il y avait des *causes de déception* qui tendaient à infirmer les témoignages humains, en portant au plus haut degré la probabilité de l'imposture ou de l'erreur.



LIVRE IX.

DE LA RECHERCHE, DE LA PRODUCTION ET DE LA CONSERVATION DES PREUVES.

CHAPITRE PREMIER.

Vue générale.

On a rassemblé dans ce livre tout ce qui concerne les moyens d'aller à la découverte des preuves, de prévenir leur dépérition, et de produire les témoins pour le service de la justice.

Si ce témoin eût été produit en justice, et qu'il eût paru digne de foi, la décision eût été toute différente, mais il n'a pas été produit... C'est là un sujet de regret bien vif pour celui qui perd une bonne cause. Aussi, dans un traité des preuves, l'obtention du témoignage est un point trop important pour être négligé, quelque peu d'attention qu'on ait donné jusqu'à présent à cette branche de la jurisprudence.

Pour être en état de produire en justice, au moment du besoin, un article de preuve, deux conditions sont nécessaires : qu'elle ait com-

mencé d'exister et qu'elle n'ait pas cessé; qu'on l'ait eue en son pouvoir et qu'on ne l'ait pas perdue. De là deux objets distincts dans la pratique et qui demandent des précautions différentes; l'un consiste à trouver les preuves, l'autre à en prévenir la dépérition. Le premier s'accomplit par enquête ou investigation, le second, par différents moyens selon la nature des preuves.

Dans chaque occasion, l'objet désiré, le problème est ceci : présenter au juge, soumettre à sa connaissance la preuve, de quelque nature qu'elle soit, dont la partie a besoin pour appuyer sa demande, pour justifier son titre et obtenir la décision conforme à son droit.

En décomposant le problème principal, nous trouverons qu'il se résout en trois problèmes parfaitement distincts.

1° Découvrir la *source* des preuves : soit la chose, soit la personne qui peut fournir la preuve.

2° La mettre en présence du juge.

3° S'il s'agit d'une personne, obtenir son témoignage. Quant aux *choses*, il n'y a pas de difficulté. Pour qu'une personne témoigne, il faut qu'on la fasse écrire, ou parler ou s'énoncer de quelque manière que ce soit : mais pour qu'une *chose* témoigne autant qu'elle peut témoigner, il suffit qu'elle soit mise sous les sens.

Cette distinction, toute simple qu'elle est, est absolument nécessaire, parcequ'il faut avoir recours à des moyens différents pour résoudre chacun de ces problèmes; que ce qu'on peut dire de l'un ne peut pas se dire de l'autre; que souvent l'un se résout comme de lui-même, tandis que la solution de l'autre est accompagnée de grandes difficultés.

Ainsi nous traiterons de l'*investigation* des preuves, de leur *production*, et de l'*extraction* du témoignage. Chacune de ces opérations correspond à chacun des buts que nous avons indiqués. Par l'investigation, on découvre; par la production, on fait paraître; par l'extraction, on obtient.

Qu'un témoin soit produit, et qu'il donne son témoignage, ce sont deux actes différents. Il peut se présenter de lui-même en justice, et quand il est appelé à témoigner, il peut vouloir ne rien dire. On peut s'assurer de sa personne malgré lui; mais pour obtenir son témoignage, il faut le concours de sa volonté. Eût-on même recours à des moyens de contrainte, ils ne peuvent produire leur effet qu'autant qu'ils agissent sur sa volonté.

Dans le cours ordinaire des choses, qu'un homme vienne de lui-même se présenter comme témoin, son intention est de déposer. Mais,

fût-il engagé, même malgré lui, à paraître en ce caractère dans une cour de justice, les mêmes motifs qui le déterminent à paraître sont suffisants pour le déterminer aussi à parler. Y fût-il même traîné par force, l'épreuve qu'il a faite de sa faiblesse lui ôte jusqu'à la pensée de soutenir une lutte aussi inégale que celle d'un individu captif contre la puissance publique.

Tel est le cours ordinaire par rapport au témoignage : mais un système de procédure dans lequel on aurait négligé de pourvoir aux cas extraordinaires, même à ceux qui le sont le plus, se trouverait bientôt arrêté et entravé dans les cas les plus communs. Les cas qui sont extraordinaires, parcequ'ils ont été prévus et combattus d'avance, arriveraient tous les jours si ces précautions n'avaient pas eu lieu.

Dans le cas de la preuve réelle, la découverte de la *chose* qui sert à la preuve n'est ordinairement que la découverte de quelque individu qui a la chose en sa garde ou en son pouvoir : ainsi l'investigation de la personne et l'investigation de la chose, ne sont qu'un seul et même procédé.

Moyens applicables à ces différents objets : pouvoirs légaux.

Après avoir vu quel est l'objet auquel on veut atteindre, quel est le problème à résoudre, et sa décomposition en trois problèmes particuliers,

il reste à parler des *moyens* pour arriver à la solution de chacun d'eux.

Inclination, connaissance, pouvoir : voilà les trois conditions requises pour obtenir le résultat : l'une ou l'autre vient-elle à manquer, le résultat est en défaut. Dans le cas d'un demandeur qui se présente en justice pour réclamer ce qu'il regarde comme son droit, l'inclination, j'entends son inclination pour exhiber les preuves, existe tout entière ; produire toutes les preuves en sa faveur est précisément son objet. Il ne lui reste, pour le plein accomplissement de ses vœux, qu'à remplir les deux autres conditions requises : 1° la connaissance, c'est-à-dire d'être informé de la source des preuves, soit des personnes, soit des choses qui peuvent les lui fournir ; 2° le pouvoir, celui d'extraire la preuve par le témoignage des personnes ou l'examen des choses.

Relativement à la connaissance, soit des choses, soit des personnes qui peuvent fournir des preuves, dans la plupart des cas elle existe pleinement, il n'y a rien à désirer à cet égard. Le pouvoir est la seule des conditions requises que la partie ait à demander de la part du législateur et du juge.

Ces pouvoirs légaux lui seront nécessaires, non seulement pour obtenir les preuves quand les

sources lui en sont connues, mais encore dans le cas où il ne les connaît point, pour parvenir à les connaître.

Dans les deux cas, les moyens employés pour arriver à ce but seront ou *physiques* ou *moraux*[1]; physiques, quand ils sont de nature à agir sur le corps comme corps; moraux, quand ils agissent sur le corps par le moyen de l'esprit : en d'autres termes, ce sont des *motifs* :

Entre les moyens physiques applicables à cet objet, les plus naturels et ceux qui sont le plus fréquemment employés se rangent sous les dénominations suivantes :

1° Entrée.

2° Visite ou recherche.

3° Inspection.

4° Transcription et représentation imitative.

5° Séquestration.

6° Arrestation devant le juge.

7° Détention des personnes.

8° Identification ou marques servant à identifier.

9° Entretien et alimentation.

10° Visite des lieux par le juge.

[1] Je me sers de ce mot, tout impropre qu'il est. *Moral* est un terme trop vague et appliqué à trop de significations différentes. Il faudrait dire *moyens physiques* ou *psycologiques*; mais ce mot n'est pas admis dans l'usage ordinaire.

Les moyens qu'on peut ranger sous la classe des motifs sont de simples invitations, des récompenses ou des peines.

1° Simples invitations. J'entends par là ces demandes où l'on se fie exclusivement aux motifs que la nature de la chose fournit pour encourager les témoins à se présenter sans y ajouter aucun motif pénal ou rémunératoire ; tels sont les simples avertissements insérés dans les papiers publics ou dans des affiches, soit par les individus, soit par le gouvernement.

2° Offres de récompenses, le plus souvent pécuniaires, soit par le gouvernement, soit par des individus sous l'autorisation du gouvernement.

3° Dénonciations de certaines peines, dans le cas de désobéissance. Le droit de punir appartenant exclusivement au gouvernement, lui seul peut se servir de ce moyen.

CHAPITRE II.

Moyens d'assurer la production des preuves. — I. Tribunaux avec des pouvoirs et des obligations appropriés.

Quels que soient les moyens donnés par la loi pour l'obtention et la présentation des preuves, leur efficace dépendra beaucoup de la manière dont les tribunaux seront institués, c'est-à-dire des pouvoirs que possèdent les juges et des obligations qui leur sont imposées. L'organisation des cours de justice est un sujet trop vaste et trop important pour le traiter incidemment dans un ouvrage qui a un autre objet; mais entre les principaux traits, il en est quelques uns qu'on ne peut pas omettre de mentionner, parcequ'ils renferment des conditions essentielles à l'accomplissement des fins de la justice. Tels sont :

1° La continuité non interrompue des sessions juridiques.

2° L'ambulance occasionelle des tribunaux.

3° Des pouvoirs d'investigation compétents pour suivre toute une chaîne de preuves indicatives, de preuves de toute espèce.

Continuité de session. Il faut que le service

réponde au besoin ; et puisque les ennemis de l'ordre public sont toujours armés pour l'attaque, il faut que ses protecteurs le soient toujours pour la défense. Suspendre les fonctions des tribunaux, c'est accorder une trève à des adversaires qui n'en accordent pas. Un temps régulier de vacances pour les médecins et les chirurgiens ne serait pas plus déraisonnable que des vacances régulières pour les juges. A peine peut-on concevoir un intervalle d'un jour, d'une heure, qui n'entraîne des vexations, des frais, des délais, et qui n'expose à des injustices directes, ne fût-ce que par la dépérition des preuves : car, s'il est des preuves permanentes qu'on peut toujours trouver au besoin, il en est de fugitives qui n'existent que dans un moment donné; et si on ne saisit pas l'occasion favorable, elle passe et ne revient plus. Je ne fais qu'indiquer ici cette considération importante, nous la mettrons ailleurs dans un plus grand jour.

Il est des pays où l'idée d'un tribunal permanent paraît une extravagance. Pourquoi? parceque dans ces pays tout le système judiciaire a été institué par les hommes de loi et pour eux. Que les plaideurs souffrent ou se ruinent, que les prisonniers gémissent dans les fers, que les preuves périssent, que la justice périsse avec elles; ce sont là des maux qui n'ébranlent pas le stoïcisme

des législateurs et des jurisconsultes. C'est pourtant là le résultat des sessions périodiques et de diverses règles de procédure : chacun le voit, mais qui ose y toucher ?

II. Tribunal occasionellement ambulatoire.

Les preuves n'existent souvent que dans un temps donné, que dans un lieu donné. Il faut les saisir où elles sont, ou les perdre entièrement. Dans le cours ordinaire des choses, pour économiser le temps, pour épargner des frais, pour consulter l'intérêt de toutes les parties et celui des juges, il est convenable que les témoins aillent aux juges plutôt que les juges aux témoins : mais il y a des cas où, sous peine de perdre les preuves, il faut adopter la marche opposée.

Les cas où le juge doit se transporter sur les lieux peuvent se ranger sous deux chefs.

1° *Visite ad personam :* dans le cas où l'inspection de la personne est nécessaire au juge.

Cas d'alitement pour maladie incurable ou d'une longue durée.

Cas où le délit embrasse un grand nombre de délinquants, comme insurrections et tumultes, où, à raison de la multitude des coupables et de leur persévérance dans le délit, la présence du juge est nécessaire pour y mettre fin, la police ordinaire étant insuffisante pour cet objet.

2° *Visite ad rem :* quand la source des preuves appartient à la classe des choses.

Cas où la chose servant à la preuve est de la nature des immeubles : comme quand l'objet en litige est l'étendue d'une pièce de terre, l'état d'une maison, d'une manufacture, d'un pont, d'un canal, relativement à des réparations.

Cas où la chose, sans être absolument de la nature des immeubles, ne peut être transportée sans des inconvénients majeurs : comme des ustensiles de manufactures, de distillerie, de mines ; des statues, des productions de beaux-arts d'une grande dimension, des amas de denrées ou de marchandises, etc.

Mais quoique tous ces objets puissent exiger l'application des fonctions juridiques à une distance plus ou moins grande du siége de la judicature, il n'est pas nécessaire dans tous ces cas que le juge principal se transporte lui-même sur les lieux. Il pourra déléguer pour cet office une personne de confiance; par exemple, un magistrat subalterne, responsable par sa place, et doué des connaissances que la circonstance requiert.

Si la chose était praticable, il est évident qu'il serait à souhaiter que le juge qui doit prononcer la décision eût recueilli lui-même toutes les preuves, que tout ce qui sert à la preuve des deux parts se fût passé en sa présence, surtout les

preuves personnelles, le témoignage; attendu que la plus grande sûreté à cet égard résulte de l'interrogatoire, des circonstances qui l'accompagnent, des inductions qu'on tire du ton, du geste, de la contenance, de la facilité, de l'hésitation, de la tranquillité, du trouble, en un mot de tout l'ensemble de la conduite des témoins.

Mais toute désirable que serait cette condition, elle ne peut pas toujours s'accomplir. Le juge ne saurait tout voir ni tout entendre. Supposez qu'il fût investi du pouvoir de choisir entre quitter son tribunal pour aller au dehors recueillir des preuves ou continuer à siéger, il devrait se décider d'après l'importance comparative de la cause qui requiert ce genre d'investigation, et le besoin qu'elle a de ce genre de preuves.

Que l'examen de la preuve exige la présence d'un juge principal, cela dépend de sa nature, réelle ou personnelle. Quand il y a un témoin à examiner, le témoignage à prendre est décidément une fonction juridique. On ne peut la confier convenablement qu'à des hommes revêtus de ce caractère, ou du moins qualifiés pour ce service.

Relativement aux preuves réelles, le cas est différent: le rapport d'un témoin digne de foi donne presque la même sécurité que l'inspection de la chose par le juge; si le juge lui-même est moins satisfait par le rapport que par l'inspection

immédiate, le public peut l'être davantage : il aura plus de confiance dans un témoin qu'on peut interroger et confronter que dans un juge qu'on n'interroge ni ne confronte. Si la chose était de telle nature que le juge pût se transporter sur les lieux avec un public suffisant, sa visite pourrait donner à la preuve plus de force que le simple rapport. En déclarant ce qu'il aurait vu, il aurait pour garants tous ceux qui ont vu avec lui. Mais s'il se transportait sur les lieux seul, absolument seul, sa décision pourrait être plus satisfaisante pour lui-même, elle ne le serait pas pour le public; elle serait arbitraire, susceptible d'injustice, de corruption, de caprice ou d'indolence.

Il y a un cas où le *rapport* sur la preuve réelle est bien supérieur à la preuve immédiate; lorsque la chose est de nature à demander un témoignage d'experts. Supposez qu'il s'agit d'un vol par effraction, le juge est aussi bien qualifié qu'un architecte pour décider si les portes et fenêtres ont été forcées : mais s'il s'agit d'une demande en réparation de dommages entre un maître de maison et un locataire, le juge, en se transportant sur les lieux, serait bien embarrassé à estimer le dégât : qu'il reste tranquille sur son tribunal, qu'il écoute des architectes de part et d'autre, sa décision sera fondée sur les meilleures bases que le cas admette.

Quant aux preuves par écrit, on ne peut guère concevoir de cas qui puisse appeler le juge à se déplacer, à moins qu'il ne s'agisse de quelque inscription sur des immeubles. Les documents par écrit peuvent se transporter; et si leur déplacement offre quelque inconvénient majeur, les copies en général peuvent tenir lieu des originaux pour le but juridique.

3° Le troisième objet de l'organisation des tribunaux est relatif aux pouvoirs d'investigation dont ils doivent être munis. Pouvoirs adaptés à suivre une chaîne de preuves dans tous leurs degrés, depuis les plus faibles indices, les ouï-dire qui ne peuvent pas être reçus dans le caractère de preuves finales, jusqu'à celles qui ont toutes les qualités requises pour cet objet. Mais l'étendue et l'importance de cette matière réclament un chapitre séparé.

CHAPITRE III.

Des moyens physiques applicables à la production des preuves.—I. Discussions verbales nécessaires à ce sujet.

La production des preuves ne peut s'accomplir, selon la diversité des circonstances, que par une diversité d'opérations qui requièrent différents pouvoirs légaux. Pour organiser ces pouvoirs et les conférer, il faut d'abord leur trouver des appellations appropriées qui les distinguent et les désignent. Cette discussion, il faut l'avouer, ne ressemble que trop à un exercice de grammaire; mais puisque enfin les mots sont les seuls instruments dont le législateur puisse se servir pour exprimer ses idées, s'il voulait rejeter les considérations verbales, il se montrerait aussi peu sensé que l'artisan qui dédaignerait de s'occuper des outils de sa profession.

II. Source de la diversité des opérations.

Les opérations se diversifient, 1° selon la nature de la chose, 2° selon l'ordre du temps.

1° Selon la nature de la chose : savoir, si la source de la preuve appartient à la classe des

personnes ou à la classe des choses, ou à celle des *preuves écrites*.

2° Selon l'ordre du temps : entrée, recherche, inspection, arrestation ou saisie, détention, adduction, séquestration, voilà l'ordre dans lequel ces opérations se suivent dans le cours ordinaire.

La circonstance où il s'agit d'appliquer ces moyens indique d'elle même celui qu'il faut choisir. Il n'y a point à cet égard de difficulté; mais il y en a beaucoup par rapport à la *vexation* qui résulte de telle ou telle de ces opérations, et pour décider jusqu'à quel point l'avantage qu'on peut obtenir l'emporte sur l'inconvénient qu'on fait naître. C'est un choix à faire entre deux maux; il s'agit de peser et de comparer le danger qui résulte pour la justice d'un défaut de preuves, et l'inconvénient qui résulte pour les individus de la gêne à laquelle on les soumet pour les fournir; il s'agit ensuite de porter l'avantage au plus haut point, et de réduire l'inconvénient au plus petit. C'est d'après cet examen qu'il faut déterminer le degré de pouvoir que la loi doit attribuer au juge et aux parties.

III. Opérations à faire pour la production des preuves.

1. *Entrée.* Cette opération suppose une portion d'espace enfermée dans certaines limites physiques ou du moins idéales, qu'une personne

vient occuper dans une occasion particulière. L'espace ainsi circonscrit peut être lui-même la source de la preuve, comme quand un champ ou une maison est l'objet en litige; ou n'être que le réceptacle qui l'enferme : l'entrée n'aura pas, par exemple, pour objet final de voir la maison, mais un coffre dont on veut saisir le contenu.

Quant à l'objet en question, celui d'assurer la production des preuves, la simple *entrée*, considérée en elle-même et sans suite, serait sans utilité. Toutefois c'est un préliminaire indispensable pour les autres opérations, et elle ne peut être utile qu'autant que ces opérations subséquentes sont utiles elles-mêmes. Mais utile ou non, elle est presque toujours *vexatoire* : c'est là sans doute ce qui a fait qu'on s'en est tant occupé dans la jurisprudence anglaise, et c'est une raison suffisante pour la considérer à part et la distinguer des autres.

Le degré de vexation qu'elle entraîne dépend de la nature du lieu où se fait l'entrée. Si c'est un terrain non enclos, la vexation est nulle; dans un terrain enclos, elle est communément très petite. Dans des édifices, elle est plus ou moins grande, selon qu'on approche plus ou moins de la partie habitée; elle l'est plus si on entre dans l'intérieur, si on vient à une chambre à coucher, surtout dans l'appartement d'une femme, etc.

I. Visite.

2. Le mot *visite* présente une idée plus complexe; il s'applique au cas des preuves personnelles, comme à celui des preuves réelles. Il met deux objets en scène : le lieu visité, la personne visitée, ou, comme on dit communément, fouillée.

Le lieu servant de *réceptacle* à la chose qu'on cherche peut comprendre toutes les dimensions, depuis la plus vaste église jusqu'à l'étui d'un jouet. Le degré de vexation dépend beaucoup de la grandeur du réceptacle, et surtout de la circonstance d'être habité ou de ne pas l'être.

Les véhicules par eau ont une propriété particulière et importante dont nous parlerons bientôt, celle d'être sujets à une longue *détention*.

Le mot *visite* renferme dans sa signification principale une idée accessoire, celle d'une chose ou d'une personne *cachée*. Pour la personne, on la cache à dessein ou elle se cache elle-même; pour les choses, elles peuvent être cachées avec intention ou accidentellement. La visite, par rapport aux choses, ne suppose pas qu'elles soient cachées avec intention.

La *visite* ne s'applique pas moins aux preuves *écrites* qu'aux preuves réelles. Les documents écrits, les simples actes, les contrats détachés,

consignés dans des registres, sont, dans les cas ordinaires, faciles à trouver. Mais il se présente des cas où les recherches ont un objet plus laborieux et plus vaste : lorsqu'il faut consulter des livres de compte, comparer différents livres, compulser une variété de registres. La loi anglaise en fournit des exemples dans les causes où l'on a besoin de se référer aux journaux du parlement, aux registres de la trésorerie, de la guerre et de l'amirauté, aux archives des corporations, etc.

II. Inspection.

3. *Inspection.* Ce mot présente l'idée de l'opération la plus simple, et qui, considérée dans un jour purement physique, ne renferme pas la plus légère vexation. Autrefois le regard d'un sorcier pouvait sécher la moisson ou donner du mal aux troupeaux, mais il n'en est plus ainsi : le simple procédé de la vue ne peut plus produire aucune altération physique sur les choses ou les personnes. Cependant la curiosité d'un œil pénétrant, qui saisit à la dérobée ou le procédé d'une manufacture, ou le secret d'une lettre, ou d'autres secrets plus délicats encore, peut renfermer une vexation qui n'a point de limite assignable. Le malheureux Ovide ne cessa de déplorer, dans son exil, l'imprudence ou le mal-

heur d'avoir vu, dans le palais d'un maître, ce que sa sensibilité blessée ne lui pardonna jamais.

L'inspection est particulièrement applicable aux écrits.

La vexation qui peut en résulter dépend de la nature de l'écrit, selon qu'il était destiné à être public ou à rester secret.

Dans le premier cas, qui renferme tous les contrats, tout ce qui appartient au chef des preuves préordonnées, l'écrit a été fait, sinon pour l'inspection publique, du moins pour celle des parties intéressées et celle du juge; elle ne peut être vexatoire que par rapport au délinquant. Dans l'autre cas, lorsqu'il s'agit de lettres, de correspondance privée, ou d'un journal privé, les matières peuvent être de telle nature, qu'on avait le plus grand désir de n'en donner de communication à aucune personne étrangère, et que leur inspection peut exposer l'auteur aux inconvénients les plus graves, et lui faire éprouver les peines les plus aiguës.

III. Copie.

4. *Copie.* — Dans le sens littéral, cette opération ne s'applique qu'aux preuves par écrit. Si le document en question ne peut être déplacé sans un inconvénient majeur, la copie est indispensablement nécessaire, comme un substitut pour

l'original, avant que la cause soit entendue définitivement. Le refus de fournir une copie pourrait être équivalent au refus de produire l'original, c'est-à-dire équivalent à un déni de justice.

Dans le cas des preuves réelles, les représentations imitatives par le dessin, la peinture ou les modèles, sont analogues à la copie des écrits : tels seront des plans d'architecture pour une maison, pour un vaisseau, qui forment l'objet en dispute; les dessins ou les modèles d'un système de machines qui deviennent la matière d'un procès en vertu d'une patente. – Dans la classe des choses, il en est plusieurs qu'on ne peut point exhiber en nature pour servir de preuve; il en est peu qu'on ne puisse pas représenter par l'une ou l'autre de ces imitations.

IV. Détention.

5. *Détention.* Un vaisseau de ligne, avec son complément de quinze cents hommes ou de deux mille, est en quelque sorte une ville flottante. Si la détention d'un char ou d'une voiture avec une ou deux personnes dedans est une vexation, à quel point ce mal n'est-il pas multiplié quand il s'agit d'un vaisseau de guerre? Un acte de cette espèce, fait illégalement, renfermerait, selon le

langage absurde de la loi anglaise, le *faux* emprisonnement de deux mille personnes.

Dans le cas de preuve réelle ou écrite, la détention coïncide avec la *séquestration.*

V. Adduction en justice. — Mandat d'amener.

6. *Adduction en justice* [1]. Cette opération est également applicable aux personnes et aux choses que l'on regarde comme sources de preuves. Le cas où il faut l'appliquer aux personnes est celui d'une répugnance supposée de leur part; car, à moins de cette répugnance, ou à moins d'une infirmité physique, les personnes peuvent se rendre d'elles-mêmes devant le juge. Mais, cette répugnance supposée, et il est probable qu'elle existera dans le cas d'un témoin sur deux ou trois, il faut donc avoir recours à une sommation accompagnée de menaces, ou à un acte de contrainte par des officiers de justice. Ce qui peut être nécessaire par rapport aux personnes peut l'être aussi par rapport aux *choses*, lorsque celui qui les détient ne se porterait pas volontairement à les produire.

[1] *Sub pœnâ duces tecum*, dit le précepte du juge adressé dans le langage de la loi anglaise au témoin proposé, quand il reçoit l'ordre de se rendre à la place du jugement, pour être examiné, et d'apporter avec lui l'article de preuve réelle ou écrite.

VI. Arrêt, séquestration.

Le premier de ces termes s'applique aux personnes, le second aux choses. Ces deux opérations, quant à l'intention, sont les mêmes : il s'agit de sûre-garde, mais les effets sont bien différents.

Dans quel cas doit-on mettre aux arrêts? Ce n'est pas dans celui où il ne s'agit que d'entendre le témoin dans l'audience définitive : car s'il a fait sa déposition, l'objet est accompli et la vexation serait à pure perte. Sauf le cas extrême et infiniment rare où il aurait refusé de témoigner, ce qui rendrait sa détention indispensable, la seule circonstance qui pourrait exiger cette précaution serait celle d'un interrogatoire préliminaire. L'objet serait de s'assurer de lui pour un examen ultérieur, et cette vexation ne serait justifiable qu'en supposant de sa part une répugnance assez forte pour lui faire éluder sa comparution, s'il en était le maître.

Mais détenir une personne, pour s'assurer de son témoignage, dans un fait qui lui est étranger, n'est-ce pas un moyen de rigueur extraordinaire? M'ôter ma liberté pour me forcer de paraître dans une querelle où je n'ai eu aucune part! Comment justifier ce procédé? La loi ne punit-elle pas un innocent? Que fait-on de plus pour

s'assurer d'un homme accusé d'un crime ? — Oui, mais la loi a précisément le même objet, la même raison pour s'assurer de l'un et de l'autre; de l'un, pour fournir la preuve du délit; de l'autre, pour le soumettre à la peine. La justice est également impuissante si elle n'a sous sa main le témoin aussi-bien que l'accusé. Si la liberté doit aller avant tout, il faut renoncer à tout exercice du pouvoir. Exclure toute vexation, c'est exclure tout gouvernement. Prétendre faire des lois qui n'entraînent aucune vexation serait le projet d'un insensé; mais supprimer toute vexation prépondérante, toute vexation superflue, c'est le but que la raison se propose, et auquel on ne peut arriver qu'en réunissant les affections du philanthrope au génie du législateur.

Par rapport aux deux modes de priver un individu de sa liberté selon qu'il s'agit de le punir ou simplement de s'assurer de lui, la différence ne peut être que dans la nature du lieu où ils sont détenus. Celui qu'on punit est confiné dans une maison appropriée à cet objet, sous la garde d'un officier public, en un mot *dans une prison.* Celui qu'on retient comme témoin doit être placé dans un lieu qui n'entraîne aucune idée accessoire de peine, ou même à son propre choix, pourvu que la sûreté de la garde soit suffisante.

La séquestration, mesure employée plus ou

moins dans tous les systèmes pour assurer la restitution des effets au vrai propriétaire, n'est pas moins nécessaire en bien des cas pour l'objet de la preuve. Le but direct est d'en prévenir la déperition.

Mais ce but n'est pas le seul. On peut encore avoir en vue de conserver la chose telle qu'elle est, de la mettre à l'abri de toute altération frauduleuse par laquelle on voudrait la convertir en moyen de fausse preuve. Car il est certain, et nous l'avons expliqué ailleurs, que l'on peut faire des actes de faux en matière de preuve réelle, comme dans les preuves écrites.

Le choix des personnes entre les mains de qui l'on doit placer les objets séquestrés doit se régler par les mêmes raisons que la détention des témoins. L'objet direct est leur sûre garde. Évitez toute vexation qui n'est pas nécessaire à cet objet. On peut, selon le cas, laisser au possesseur actuel à nommer la personne à qui la chose sera confiée.

VII. Identification.

Dans le cas de la preuve réelle, l'identification consiste à fixer sur la *chose*, source de la preuve, quelque marque qui garantisse au juge qu'elle est toujours la même depuis l'origine du fait jusqu'à la décision, qu'on n'a point mis une autre

chose à sa place, soit par fraude, soit par méprise. Ainsi, dans la procédure française, quand un corps mort était l'objet de l'enquête par rapport à la cause de la mort, le juge avait coutume d'appliquer son sceau sur le front.

Cette opération peut précéder ou suivre celle de l'*adduction*. Si après, elle se fera sous les yeux du juge; si avant, elle se fera par une personne officielle ou non, selon les circonstances : mais aussitôt que possible, après la première *inspection*, il faut identifier; autrement, il y a toujours danger de falsification ou de substitution.

Cette opération est analogue à celle de la séquestration; le but est le même : dans certains cas, on les réunit; dans d'autres cas, la première peut tenir lieu de la seconde. Le cachet suffit pour identifier des papiers.

Comparée avec la séquestration et considérée comme pouvant remplir le même objet, l'identification est un genre de sûreté préférable, en ce qu'elle est exempte de toute conséquence vexatoire.

VIII. Entretien, y compris alimentation.

Quand il s'agit des êtres animés, par *entretien* j'entends tout ce qui est nécessaire pour mettre l'objet, source de la preuve, à l'abri de toute détérioration. Est-ce une chose, il faut la con-

server saine et entière ; est-ce une personne, il faut la garantir des vexations non nécessaires; quant aux frais, ils doivent être à la charge de celui qui profite de la mesure.

Ces frais sont une raison de plus contre la détention des personnes et la séquestration dans les cas où on peut obtenir la même sûreté sans y avoir recours.

Les frais des témoins donnent lieu à un grand nombre de questions qui présentent toutes de grandes difficultés. 1° Le témoin, s'il en a les moyens, sera-t-il chargé de sa propre dépense? et s'il ne peut pas subvenir aux frais, à qui cette charge doit-elle être imposée? 2° La somme destinée à cet objet doit-elle être mise entre ses mains avant ou après sa comparution? 3° D'après quel principe doit-on régler la proportion de cette somme? Sera-ce d'après les circonstances pécuniaires du témoin, ou d'après celles de la partie qui réclame son témoignage, ou d'après les deux ensemble? 4° Pourra-t-on forcer le témoin à paraître ou à parler avant que l'allouance de ses frais lui ait été délivrée? 5° Quelle différence fera-t-on à cet égard? si on n'en fait aucune, à raison de la nature de la cause, savoir si elle est pénale ou non pénale, et s'il s'agit d'un délit privé, public, demi-public?

Toutes ces questions et beaucoup d'autres for-

ment autant de cas auxquels il faut pourvoir; mais le législateur, en déterminant quelques uns de ces points, doit toujours en laisser plusieurs à la discrétion du juge.

En cherchant à régler cette allouance, le législateur est placé entre deux écueils. Est-elle insuffisante, il s'ensuit un tort pour le témoin. Est-elle plus que suffisante, elle peut opérer comme un acte de subornation, incliner le témoin en faveur de la partie qui le paie. Dans ce dilemme, la publicité est la seule ressource. Toute l'allouance en indemnité donnée à un témoin doit être déclarée à la face du public, au moment de l'interrogatoire, ou du moins prête à être déclarée sur la demande de la partie adverse. De cette manière, s'il y a de l'excès, le juge et le public seront avisés sur l'effet qui peut en résulter pour la véracité du témoignage.

Supposez un marché fait; supposez même une condition annexée à la promesse de l'allouance : argent payable si le témoignage est tel ou tel, ou si l'évènement du procès est tel ou tel. Une allouance ainsi promise ou même payée d'avance est sans contredit un acte de subornation, délit punissable dans tous les systèmes de lois. Mais quand la corruption se présente, a-t-elle coutume de se montrer sous une forme aussi peu déguisée? agit-elle si ouvertement? Peut-être de

temps en temps, dans la lie du peuple. Mais je crois que les cas où les conditions du marché sont ainsi exprimées sont rares en comparaison de ceux où elles restent sous-entendues. Le suborneur et les subornés cachent des arrangements de cette nature.

CHAPITRE IV.

Application des récompenses et des peines à l'obtention des preuves.

1° Un système complet ne peut exister qu'en combinant trois classes de moyens : les *simples invitations*, le *mobile de la récompense*, les *moyens coercitifs*.

2° Quand la révélation du fait est parvenue aux juges, la sommation juridique adressée aux témoins sera généralement suffisante pour assurer leur comparution.

3° Le principal et presque le seul usage des récompenses et des simples invitations se rapporte à la révélation.

I. Simples invitations.

Ce moyen paraît au premier coup d'œil si peu efficace, qu'il semble à peine mériter qu'on en fasse mention ; mais en y regardant de plus près, on voit qu'il faut lui donner plus d'étendue.

Dans le cas d'un témoin qui ne serait pas par-

tie lui-même, une simple invitation aurait bien peu de force pour l'engager soit à paraître, soit à donner sa déposition; mais pour amener une révélation, ce moyen se trouvera souvent efficace.

Il est vrai qu'il ne crée pas un nouveau motif pour engager l'individu à servir la cause de la justice, en quoi il diffère de la récompense et de la contrainte, qui peuvent déterminer une volonté auparavant inerte ou même opposée.

Mais cette invitation peut augmenter la force des motifs déjà existants, et qui n'ont besoin que d'être excités; les motifs puisés dans la sanction religieuse ou dans la sanction morale, même les motifs de la bienveillance, de cette bienveillance éclairée qui embrasse les intérêts de toute la société. S'il est une vérité à laquelle les esprits les moins cultivés ne soient pas tout-à-fait insensibles, c'est que la justice est nécessaire à la sûreté générale, et que, pour mettre la justice en état d'agir, il lui faut des preuves. Mettant à part les effets de tel ou tel préjugé particulier, il n'est point d'homme dans une communauté civilisée qui ne conçoive que son devoir envers Dieu, son devoir envers ses semblables exige, au moins dans certaines occasions, qu'il fasse la révélation d'un crime qui est venu à sa connaissance, surtout quand l'autorité pu-

blique l'invite solennellement à concourir à un but si désirable [1].

La simple invitation ne serait pas le moyen à employer dans le cas où la source de la preuve est connue, où il est notoire que tel individu est qualifié pour donner l'information requise. Rien ne serait moins prudent que de se fier à l'opération casuelle d'un faible motif, pour faire ren-

[1] L'auteur, en parlant des récompenses, observe que ce moyen n'est pas sans danger. Ce danger est celui de produire la mendacité. Je ne crois pas que la simple invitation soit exempte de cet inconvénient.

Si l'invitation se fait au nom de la religion, comme dans les *monitoires* usités dans les pays qui professent la religion catholique, — cette adresse solennelle excite les esprits, ou, selon l'expression commune, monte les têtes. La révélation demandée par l'état au nom du ciel devient un objet d'intérêt, de curiosité, de zèle public. Dès lors il y a des individus qui, pour se rendre recommandables à leurs supérieurs, ou par fanatisme ou par vanité, pour paraître savoir ce que d'autres ne savent pas, pour devenir un moment intéressants dans une grande affaire, seront tentés de dire plus qu'ils ne savent, de joindre à un peu de vérité beaucoup de mensonge, croyant peut-être servir la cause de la religion ou de la patrie. Celui qui se montre dans une affaire de ce genre a un moment d'éclat; il est l'homme du jour. Rien de plus contagieux que ce désir de devenir subitement un personnage et de sortir d'une obscurité habituelle. Ce n'est pas une raison pour renoncer aux invitations solennelles dont parle l'auteur, mais c'en est une pour se défier des témoins qu'elles amènent.

dre un service d'une nécessité presque indispensable, lorsque l'individu peut en être détourné par des motifs d'une force supérieure. Livrer à ce hasard le succès de la justice, ce serait mettre le sort d'une partie dans la dépendance absolue de la volonté d'un individu : état de choses précaire et vicieux, dont il est aisé de sentir les funestes conséquences.

La simple invitation doit donc se borner au cas où il n'y a point encore de témoin connu : elle ne s'adresse pas à un individu en particulier, mais à tous les membres de la communauté sans exception ; et aussitôt qu'on a quelque lumière pour assigner un individu en particulier, comme capable de donner l'information désirée, ce n'est plus une simple prière qu'on lui adresse ; on lui impose formellement l'obligation de revêtir le caractère de témoin.

II. Application rémunératoire.

Pour découvrir la source des preuves, il sera quelquefois nécessaire d'avoir recours à la promesse d'une récompense. Pourquoi? Parceque sans cela il n'y aurait pas de preuves : les motifs incitants, si je puis parler ainsi, ne seraient pas assez forts pour surmonter les motifs contraires.

Ce moyen, comparé aux deux autres, est sujet

à plusieurs désavantages : 1° son efficace est précaire. Les individus auxquels on s'adresse étant inconnus, la récompense offerte, la même pour tous, ne s'adapte pas à la variété des circonstances et des inclinations ; et quand ils seraient connus, la récompense n'a pas le même empire sur la volonté que la peine.

On obvie en partie à cet inconvénient, en combinant les deux moyens ensemble.

2° Ce moyen n'est pas exempt du danger de produire de faux témoignages : ce danger toutefois est plus grand en apparence qu'en réalité. Il ne s'ensuit pas du tout de ce qu'un homme se fait payer pour déclarer la vérité, qu'il soit prêt à dire un mensonge, à infliger une cruelle injure au même prix, et à s'exposer aux peines du faux témoignage.

3° Quoi qu'il en soit, cette circonstance affaiblit dans l'esprit du juge, et plus encore dans celui du jury et des spectateurs, la crédibilité du témoin : ce préjugé produit un effet sensible dans la manière dont on reçoit le témoignage de ces individus, dont tout le crime consiste à recevoir ce que la loi leur offre, à accepter le prix d'un service que le législateur leur demande.

Je ne m'arrête pas ici à dire ce qu'on peut faire par voie d'instruction pour affaiblir ce préjugé

injuste; mais il y a un moyen facile de prévenir ce mauvais effet de la récompense, en y mêlant une portion de peine : le témoin sur qui le mobile rémunératoire est peut-être le seul qui influe sera le premier à attribuer sa conduite à la nécessité de se garantir de la peine ; et ce motif sera reçu non seulement comme vraisemblable, mais comme justifiable par un grand nombre de personnes qui ne tolèrent pas l'influence de l'intérêt pécuniaire. Il y a bien d'autres cas, pour le dire en passant, où il faut un peu de contrainte ou apparence de contrainte, pour servir d'apologie à un individu, dans une conduite conforme à ses vœux et à son inclination.

La récompense a un autre inconvénient : dès qu'il y a des témoins qui la reçoivent, d'autres personnes, qui auraient rendu le service gratuitement, se tiendront à l'écart, par la crainte de partager le discrédit attaché aux premiers. Il est vrai qu'on peut d'avance déclarer qu'on ne veut recevoir aucune récompense; mais il peut rester des doutes dans l'esprit du public; et l'avilissement que le préjugé attache aux dépositions d'un témoin qui a un intérêt pécuniaire dans le succès de son témoignage repousse du service plus de personnes que la récompense n'en attire.

Ce qui est pis encore, c'est le nom de la ré-

compense sans la réalité. Le service entraîne pour le témoin des frais inévitables dont il craint de se charger. En Angleterre, la récompense offerte est si mal proportionnée dans plusieurs cas, qu'elle ne couvre qu'une partie de la dépense. Qu'en résulte-t-il? C'est que la récompense, au lieu d'inviter au service, tourne contre lui. Au lieu d'un profit qu'on prétend donner au témoin, on lui cause une perte pécuniaire aggravée par une perte d'estime.

La défaveur attachée à l'acceptation d'une récompense ne s'étend point à l'acceptation de la même somme sous la forme d'indemnité. Plusieurs se croiraient dégradés par une rémunération pécuniaire, surtout si la somme était petite comparativement à leur fortune ; mais on n'attache aucun scrupule d'honneur à une simple exemption de perte. En France, pendant que le principe aristocratique était en pleine force, l'exemption de la taille etait si loin d'être considérée comme une dégradation, qu'au contraire c'était une dégradation d'y être soumis. Une exemption équivalente à une somme d'argent était une preuve de noblesse. Je ne voudrais pas recommander une fausseté, encore moins une fausseté revêtue de l'autorité judiciaire ; mais s'il pouvait y avoir une tromperie utile, il vaudrait mieux donner une récompense sous le nom d'in-

demnité qu'une indemnité complète ou incomplète sous le nom de récompense [1].

La récompense offerte pour la découverte des délits est accompagnée d'un autre désavantage essentiel, mais limité au cas où ceux qu'on invite à servir de témoins sont les complices du délinquant. La récompense offerte en ce cas est sans valeur, à moins que le pardon n'y soit attaché. Quelle en est la conséquence? On délivre la société d'un criminel, on en laisse un autre à sa charge; on coupe une branche, on n'extirpe

[1] Les cas où il y a une défaveur attachée à l'acceptation d'une récompense et ceux où cette défaveur n'existe pas, sont d'une notoriété si publique qu'il ne vaut pas la peine de les énumérer. L'expérience l'enseigne à tout le monde, mais personne ne songe à appliquer cette expérience en matière de législation. En administration comme en judicature, on regarde plus à la pratique, à la routine, qu'aux effets qui en ont résulté. Tout homme en charge me paraît composé de deux êtres qui ne se communiquent rien l'un à l'autre, l'individu et l'homme public; ils sont, si j'ose ainsi dire, comme les deux surfaces de la bouteille de Leyde, entre lesquelles il n'y a point de communication. L'expérience de l'un n'est point à l'usage de l'autre. Toutes les erreurs dans lesquelles on est tombé en matière de témoignage, on les eût évitées en consultant l'expérience et même la plus commune. Le bon sens de l'individu a été subjugué par les préjugés du légiste. Il se garderait bien de suivre dans la vie privée les maximes par lesquelles il se dirige dans les affaires de judicature.

pas la racine. Ceux qui chassent au renard ne perdent pas de vue, même dans l'âpreté de la poursuite, la nécessité de préserver la race. Il est des pays où la politique du législateur est la même, ou du moins a le même effet que celle du chasseur, quoique l'intention puisse être bien différente.

En Angleterre, ce système de demi-destruction, de demi-conservation, est une pratique habituelle. Dans le continent de l'Europe, il y en a des exemples, mais comparativement très rares. Cette police pernicieuse est liée avec une règle de loi qui exclut le témoignage du délinquant contre lui-même. Quand on pousse la déraison au point de ne pas se permettre de faire au malfaiteur des questions dont la réponse pourrait l'inculper, on est réduit à se procurer des preuves en les mettant à l'enchère : ce n'est souvent qu'au prix de l'impunité des uns, qu'on peut convaincre les autres, et ce moyen même, tout extraordinaire qu'il est, est souvent inefficace.

III. Emploi des voies de contrainte.

Les moyens pénaux appliqués aux trois objets qu'on a en vue, découverte, comparution, déposition, ne présentent pas les mêmes objections que les moyens rémunératoires; mais ils

en présentent d'autres, et ils ne sauraient en tenir lieu dans tous les cas : s'agit-il en particulier de produire des révélations, le moyen pénal ne pourrait souvent rien sans l'aide de la récompense.

Voilà pour le général : quant au moyen de s'en servir de la manière la plus avantageuse pour atteindre ces trois objets, il y a des considérations distinctes qui appartiennent à chacun de ces chefs et qui seront traitées séparément.

CHAPITRE V.

De la procédure investigatoire et des cours d'enquête.

J'entends par *procédure investigatoire* tout mode de procédure qui tend à la découverte d'une preuve intermédiaire d'une autre preuve. En d'autres termes, son opération consiste à chercher des preuves définitivement admissibles par le moyen d'autres preuves qui ne seraient pas admissibles définitivement. En un mot, la procédure investigatoire s'occupe de la recherche des indices : elle est uniquement préparatoire, elle va pour ainsi dire à la découverte.

Une preuve admissible pour servir de base à la décision, une preuve définitive ne sera pas moins propre en ce caractère à être reçue pour preuve indicative : mais il arrivera souvent qu'une espèce de preuve, tout-à-fait inadmissible comme preuve définitive, sera très admissible en caractère d'indice. Un ouï-dire, par exemple, qu'un juge ne pourrait pas admettre pour servir de base à la décision, pourrait au premier moment lui donner un fil pour arriver à une preuve définitive.

Supposons toutes les preuves que la cause fournit déjà connues des deux parties, il n'y a plus lieu à cette procédure investigatoire, telle qu'elle vient d'être décrite. On peut l'appeler par distinction procédure définitive, *testibus cognitis* ou *probationibus cognitis*.

La découverte des preuves est un objet auquel s'applique naturellement la partie intéressée; soit par une application directe à leur source même, si elle lui est connue ou accessible, soit par une enquête entre tous ceux qui peuvent lui donner des informations à cet égard : par exemple, telle personne aura entendu la relation du fait par un témoin oculaire; telle autre aura vu les effets volés; telle autre les aura eus en sa garde ; telle autre enfin aura vu dans la possession d'un tiers un contrat nécessaire pour justifier un titre.

Si ces différents individus sont également disposés à lui prêter leur assistance, tout va bien : la procédure investigatoire n'est pas nécessaire. Si, au contraire, soit à raison d'inimitié pour l'une des parties, ou de faveur pour l'autre, soit pour s'épargner de la peine ou par crainte des frais, quelqu'un de ces témoins nécessaires pour l'information refuse de la fournir, le bon droit de la partie demeure sans effet : elle ne perd pas moins sa cause que si, après la découverte du té-

moin essentiel, on avait refusé de le faire paraître. S'agit-il d'un acte par écrit déposé dans un registre public ou dont on ne peut le sortir que par un ordre juridique, une sommation à cette fin est nécessaire pour le produire dans l'instruction du procès. Supposez ce même acte dans les mains d'un individu intéressé à l'empêcher de paraître dans les circonstances actuelles, mais également intéressé à le conserver pour une occasion future, et qui, pour le celer, le fasse passer de main en main, les pouvoirs compétents pour le suivre à la piste jusqu'à ce qu'on l'ait trouvé ne sont pas moins nécessaires que la sommation de le livrer ne l'était dans le cas où le dépositaire était connu.

Après ces notions préliminaires, les cinq règles suivantes seront suffisamment intelligibles, sans aucune préparation ultérieure.

Première règle. La procédure investigatoire doit être rendue applicable à toutes sortes de causes, pénales et non pénales.

Deuxième règle. Chaque cour de justice doit posséder et exercer cette branche de procédure.

Troisième règle. Par rapport à chaque cause individuelle, la décision définitive doit être placée dans les mêmes mains que la procédure investigatoire [1].

[1] Cette règle ne s'applique qu'à un mode d'organisation

Quatrième règle. Dans chaque cause individuelle, ce qui aura lieu en fait de procédure investigatoire doit dépendre des degrés de vexation, de dépense et de délai, résultant de l'investigation, comparaison faite avec l'importance de la cause et l'importance de la preuve pour la décision.

Cinquième règle. Les preuves purement indicatives, quoique non recevables dans la somme des preuves définitives, doivent être conservées afin qu'on puisse les confronter en cas de contradiction, et juger par là du degré de foi qu'elles méritent.

Raisons justificatives de ces règles.

Règle I. La procédure investigatoire doit être rendue applicable à toutes sortes de causes.

1° La circonstance qui la rend nécessaire peut se trouver dans toutes les causes, pénales ou non pénales.

2° Il y a même raison pour sommer le témoin indicatif par lequel seul on peut découvrir le témoin définitif, que pour sommer ce dernier quand il est connu. Dans l'un et l'autre cas, le refus de le faire entraîne le même danger d'une décision indue.

3° S'il s'agit d'un écrit, comme on l'a vu plus

judiciaire où il n'y aurait point de jury. Le développement de ce principe ne peut trouver sa place que dans un traité de procédure ou d'organisation judiciaire.

haut, d'un écrit nécessaire pour valider un titre, rien ne serait plus aisé que de le soustraire, de le placer en d'autres mains où il serait inaccessible à la partie intéressée, s'il n'existait un pouvoir complet d'investigation pour le suivre à la trace dans tous ses déplacements successifs.

4° Supprimez ce pouvoir d'investigation, la partie est à la merci des témoins indicatifs : il dépend d'eux, c'est-à-dire de leur faveur ou de leur inimitié, de produire ou de soustraire leur témoignage par lequel seul on peut arriver à la preuve définitive. Rétablissez le pouvoir d'investigation, la partie n'est plus dans la dépendance du caprice de ces individus, et peut s'en rapporter à la justice de sa cause.

Règle II. Chaque cour de justice doit jouir du même pouvoir investigatoire.

Cette règle est une conséquence nécessaire de la précédente. Puisqu'il n'y a point de cause qui ne puisse en avoir besoin, il n'est point de tribunal qui puisse s'assurer de faire justice sans la faculté d'exercer ce pouvoir.

Règle III. Dans chaque cause individuelle, le pouvoir de décision définitive et le pouvoir d'investigation préliminaire doivent être placés dans les mêmes mains.

1° Lorsque toutes les preuves que la cause fournit sont présentées ensemble dans la première

audience, si le juge qui les a reçues est compétent pour décider, la décision (sauf le cas où un délai est nécessaire pour délibérer) peut et doit être immédiatement prononcée. Une seconde audience ne ferait qu'entraîner des vexations, des délais, des frais inutiles. Mais si le juge, compétent pour recevoir les preuves, n'est pas compétent pour prononcer la décision, il faut dans tous les cas en venir à une seconde audience et soumettre les parties à tous ces inconvénients qu'on aurait pu éviter [1].

2° Dans les cas où, après une examination préparatoire des témoins, il faut une seconde audience pour les entendre définitivement, il sera très utile que le juge qui préside au second interrogatoire ait été présent au premier. — Pourquoi? Afin qu'en comparant la conduite des témoins

[1] Ces inconvénients auront lieu dans le plus grand nombre des cas. Considérez la nature des causes qui viennent dans une cour de justice : le plus grand nombre est de celles où le droit est clair, où les preuves sont connues et simples. — Une dette prouvée par une obligation qui est dans les mains du demandeur; une dette pour effets vendus et délivrés par un boutiquier : preuve, le témoignage de son commis ou d'un porteur; injures personnelles prouvées par la personne maltraitée ou par des témoins qu'elle produit; larcin commis dans une maison ou une boutique prouvé par le témoignage de ceux qui ont pris le voleur sur le fait, ou avec les effets volés en sa possession, etc.

dans les deux cas, il puisse mieux juger de leur véracité et de leur exactitude; dans un premier examen les témoins sont pris le plus souvent au dépourvu; ils n'ont pas eu les données nécessaires pour concerter un plan de fausseté, et il y a dans leur manière d'être et de témoigner des traits visibles mais impossibles à décrire par lesquels on juge du degré de foi qui leur est dû. Dans un second examen, ils ont eu le temps d'arranger leur témoignage pour le rendre convenable à leurs fins; ils ont des données d'après lesquelles ils savent ce qu'il faut taire, expliquer, publier, ajouter pour faire disparaître des improbabilités ou des contradictions. Ce sont des acteurs qui, s'ils l'ont voulu, ont étudié leur rôle. Si le juge présent à l'examen préparatoire n'est pas présent à l'examen définitif des mêmes témoins, tout ce fonds d'instruction, d'information si peu suspectes, est entièrement perdu, et un faux jour peut se répandre sur la cause.

3° Quand une affaire doit passer par l'intervention de deux juges séparés, il y a une double chance de décision indue, par le défaut de capacité ou de probité de l'un ou de l'autre. Si le juge chargé de l'examen préparatoire a omis ou écarté quelque article essentiel, il n'est pas au pouvoir du juge définitif, quelque degré d'intelligence et de probité qu'il possède, de remplir

cette lacune. Si c'est le juge définitif qui, par quelque cause que ce soit, supprime, néglige ou mésapplique des preuves que son précurseur lui a fournies avec tout le soin possible, tout ce qu'a fait celui-ci pour servir la justice et préparer une bonne décision est en pure perte [1].

Il y aura des cas où l'intervention du même juge dans les deux occasions sera impossible. Celui qui aura fait l'examen préparatoire peut mourir, ou tomber malade, ou être déplacé, ou empêché par quelque obstacle supérieur. Ce sont là des cas accidentels qui forment sans doute une objection à la règle générale, mais cette objection ne va pas loin.

Il en est une autre qui s'applique à la procédure par jury. Le jury est présent à l'examen des preuves définitives d'après lesquelles il prononce; mais il n'assiste pas et on ne pourrait pas le faire assister à l'examen préliminaire. Cette objection tient à la nature même de cette procédure; — mais que s'ensuit-il? Que c'est là un inconvénient qu'il faut mettre en ligne de compte quand on pèse le mérite et le démérite du jugement par jurés [2].

[1] Ceci ne s'applique pas aux juges d'appel, qui doivent confirmer ou annuler la décision d'un juge antérieur.

[2] Cette question sera traitée dans l'organisation judiciaire. On verra s'il n'y a point une distinction à faire entre les causes qui demandent ou qui ne demandent pas l'interven-

Il y a une exception à faire à l'application de cette règle. Si, dans le cours d'une même cause, il y a deux faits à prouver, dont l'un soit indépendant de l'autre quant à la preuve, comme serait la célébration d'un mariage et l'adultère de la part de la femme, ou l'exécution d'un contrat et un faux commis par l'altération du contrat, — les preuves des deux faits peuvent se faire en divers temps et par des juridictions séparées. La raison de l'unité cesse dans des cas de cette nature : si l'évènement postérieur n'est pas prouvé, il n'existe plus de raison pour chercher la preuve de l'évènement antérieur.

Règle IV. En chaque cause individuelle, ce qu'on doit faire ou ne pas faire en procédure investigatoire doit dépendre du degré d'inconvénients collatéraux, vexations, frais, délais, qu'elle entraîne par comparaison avec l'importance de la cause et l'importance de la preuve pour la justice de la décision...

Raisons. — Cette proposition est trop évidente pour avoir besoin de développement : en qualité d'axiome, nous en avons déjà fait l'application

tion du jury, ou si on ne peut pas rendre le jury optionnel, c'est-à-dire l'accorder à la demande de l'une ou de l'autre des parties; ou si on ne peut pas le réserver pour l'appel dans les causes qui ne l'auraient pas admis en première instance.

à toutes les preuves, en parlant de l'*exclusion; voyez* liv. VII.

Règle V. Il n'y a rien à y ajouter, elle porte sa raison justificative dans son énoncé même.

Indépendamment de la découverte des preuves, de la conservation des preuves, la procédure investigatoire a une autre utilité pratique et une utilité bien grande. Après que cette instruction est finie, on est en état de distinguer la partie des preuves qui doit être présentée aux tribunaux supérieurs en qualité de preuves définitives, et celle qui doit être laissée en arrière, qui ne doit plus être écoutée, et qui est le *caput mortuum* de la procédure. Les preuves indicatives sont abandonnées quand elles ont fait leur service : il en résulte que les preuves définitives n'étant plus mêlées avec les indices, on a une vue plus nette de leur valeur, et on évite plus aisément les méprises où l'on peut tomber quand on est comme accablé par la multitude de témoignages non pertinents ou superflus.

CHAPITRE VI.

Pouvoir d'investigation directe et rétrograde dans une chaîne de ouï-dire.

Règle I. Dans une chaîne de témoignages fondés sur des ouï-dire, il faut recourir en première instance au témoin immédiat.

Raison. L'appel et l'examen des témoins intermédiaires seraient autant de vexations, de frais et de délais en pure perte, dans le cas où l'on peut avoir recours au témoin immédiat.

Règle II. Si le témoin supposé immédiat dénie toute connaissance du fait en question, ou si son témoignage contredit les discours qui lui avaient été attribués par un rapport extrajudiciaire, il sera nécessaire d'appeler le témoin qui prétendait avoir entendu les discours en question; — soit pour réfuter le témoin immédiat, soit pour aider sa mémoire.

Règle III. Si ce témoin intermédiaire, confronté au témoin supposé immédiat, dénie avoir entendu les discours qu'on prétend qu'il a entendus, il sera encore nécessaire de le confron-

ter avec le témoin qui est supposé lui imputer sur son ouï-dire les discours en question.

Remonter au témoin immédiat, c'est ce qu'on peut appeler *investigation directe.*

Redescendre du témoin supposé immédiat au témoin supposé intermédiaire, qui, dans la chaîne des rapports, est le premier en rang après lui, c'est ce qu'on peut appeler *investigation rétrograde.*

Cette investigation rétrograde peut être utile pour servir de frein ou de contrôle au témoin immédiat.

Particularités de la procédure investigatoire.

Par rapport à la marche de la procédure investigatoire, on voit au premier coup d'œil qu'elle doit être à peu près la même que celle de la procédure définitive; — la même pour le mode d'examen et pour les précautions relatives à la véracité des témoins; — la même pour les causes légitimes de délai, telles que maladie, éloignement, expatriation du témoin, — et ainsi de suite.

La procédure investigatoire présente une facilité qui ne s'applique pas également à la procédure définitive. — On peut entretenir une communication par lettres avec des témoins indicatifs, sans qu'il soit besoin d'insister sur leur présence. — Pourquoi? — C'est que si, par l'in-

termédiaire d'un témoin indicatif, on obtient connaissance d'un autre individu qualifié pour servir comme témoin définitif, ou même d'un autre témoin indicatif plus à portée, il n'importe comment cette information est obtenue; l'objet est accompli par lettre aussi bien que par comparution personnelle.

Pour donner un plein effet à ce mode de communication, il faut y ajouter deux mesures : 1° l'interposition du juge pour imposer à l'homme interrogé par lettre l'obligation de répondre; 2° un arrangement officiel avec le bureau de la poste pour assurer la ponctualité de ce service.

1° Les questions que la partie désire adresser au témoin seront mises par écrit et présentées au juge, qui, ayant approuvé ou modifié la rédaction, la sanctionne par sa signature. On fera usage d'un papier officiel, contenant en marge un formulaire imprimé qui prescrit ce que le témoin doit faire et qui énonce les peines qu'il encourt en cas de fausseté ou de désobéissance.

2° Pour assurer le service de la poste, l'enveloppe portera un timbre particulier par lequel ces lettres judiciaires seront distinguées des lettres communes. Elles seront enregistrées dans le bureau, et le facteur notera, dans un livre à part, le lieu et le temps de leur envoi, et le nom de la

personne qui les a reçues, si c'est le témoin lui-même ou un autre, etc.

La réponse sera adressée au juge ou à un officier du tribunal: elle doit être écrite sur le papier qui contient les questions, et, pour la satisfaction du témoin, on doit lui transmettre deux copies; l'une pour être renvoyée avec sa réponse, l'autre pour rester entre ses mains avec la copie de ses réponses, qu'on doit lui recommander de prendre.

Le formulaire du juge doit notifier:

1° Que le mensonge entraîne la peine du faux témoignage;

2° Qu'en cas de non-réponse dans le terme prescrit, il y aura obligation de comparution personnelle;

3° Qu'en cas d'absence, les amis sont invités à en informer la cour, etc.

Il est inutile d'entrer ici dans tout le détail que ce règlement pourrait exiger. Voilà les principales précautions à prendre. Il faudrait ajouter quelques mesures pour le cas où le témoin proposé serait, par défaut d'instruction, incapable de lire ou d'écrire. La lettre officielle doit, en ce cas, être adressée, soit à l'ecclésiastique du lieu, soit au maire, etc.

Le pis qui pût arriver par le défaut d'intelligence, les réponses obscures, les bévues possi-

bles de la part des gens illettrés; le pis, dis-je, serait la nécessité de recourir à la comparution personnelle. Quand ce moyen réussira, et il réussira souvent, il épargne beaucoup de frais, de vexations, de délais, et il ne peut produire aucun mal. Dans les cas où l'incapacité des individus rend ce moyen inefficace, on se trouve au même point où l'on était d'abord : on les fait venir en présence du juge.

CHAPITRE VII.

Sources de preuves; esquisse analytique.

Les anciens rhéteurs s'occupaient beaucoup des *topiques* des arguments pour l'usage des avocats ou des logiciens; on pourrait analyser dans le même esprit les sources des preuves, et en présenter un tableau complet; mais ce serait un grand travail d'une très petite utilité : en ceci l'expérience commune tient lieu de maître, et dispense de leçons. L'interrogatoire des témoins est un art : il demande de la sagacité, de la hardiesse, de la promptitude et d'autres qualités de l'esprit. Il y a une grande différence à cet égard entre juge et juge : les uns vont au but par un petit nombre de questions; les autres se perdent dans une foule de détails inutiles : mais pour trouver le gîte de la preuve, il n'y a, pour ainsi dire, aucun art. Le cas individuel étant donné, la partie intéressée ne peut guère ignorer de quelle nature de preuve elle a besoin pour le succès de sa cause. La capacité la plus ordinaire suffit pour cet objet. Si les preuves manquent, il ne faut pas s'en prendre aux individus, mais on

peut souvent en accuser l'imprévoyance des lois, la négligence qui ne les a pas recueillies à temps, et souvent encore il faut l'attribuer à cette fausse délicatesse, à cette fausse morale publique, à ces scrupules d'une bienveillance erronée qui, en matière de crime, se refuse à donner à la justice les lumières dont elle a besoin.

Cependant, bien moins pour faire quelque chose d'utile que pour montrer qu'il n'y a rien d'utile à faire en ce genre, je vais jeter les premiers traits d'une esquisse analytique des sources de la preuve légale.

Les preuves indicatives se tirent des *choses*, des *personnes* et des *relations*.

Quant à ce qui concerne les choses et les personnes, objets qui se présentent aux sens, ce n'est pas là ce qui demande l'exercice de l'esprit; mais il en faut pour découvrir les preuves réelles et personnelles par l'intermédiaire des relations.

Les relations indicatives sont : 1° celles de *temps* et de *lieu*, 2° celles des *affections* et des *intérêts*.

Problème. — Étant supposé qu'un certain fait a eu lieu, et que telles ou telles personnes encore inconnues en ont eu connaissance, comme témoins immédiats, on veut découvrir quelles sont ces personnes et sur quelle partie du fait elles peuvent donner leur témoignage.

Points à considérer pour la solution du problème :

1° Relations *de temps et de lieu.* — Quel a été le lieu de la scène ? est-il public ou privé, ouvert ou enclos ? est-ce un jardin ou une maison ? — Quelles personnes devaient naturellement se trouver dans la maison ? quel est le principal occupant ? qui sont les domestiques, les visiteurs occasionels, etc. ? Était-ce un lieu public ? Quels sont les passagers qui, dans le temps donné, pouvaient être présents à l'évènement ?

2° Relations tirées *des affections et des intérêts privés.* — Quels individus doivent naturellement avoir connaissance du fait et de ses auteurs, en vertu d'une liaison habituelle ou occasionelle, résultant du voisinage des demeures, des rapports de famille et de parenté, des connexions d'intérêts, de service, d'occupation, d'étude ou d'amusement [1] ?

[1] M. Colqhoun a donné le tableau suivant des sources de preuves dans un cas de vol.

1° La demeure de la personne soupçonnée.

2° La demeure de la femme avec laquelle il cohabite.

3° Les reçus des prêteurs sur gages (nommés *duplicata*) qui peuvent se trouver en la possession de l'un ou de l'autre.

4° Les demeures de leurs proches parents ou compagnons intimes.

5° La demeure des receveurs ou recéleurs de profession avec lesquels l'accusé a des liaisons particulières.

5° Relations publiques. — Quels individus, en vertu de leur charge, doivent naturellement connaître les auteurs du fait? quels agents de police? quels magistrats? quel notaire, s'il s'agit d'écrits?

Les relations de *complicité* se rangent sous le chef des relations privées. Le délinquant supposé peut avoir des associés parmi des malfaiteurs de profession, des hommes qui tiennent des maisons suspectes, des contrebandiers, des voleurs. Dans le cas même où des hommes de cette classe ne sont pas inculpés dans le fait individuel, ils peuvent être appelés à déposer comme témoins : on ne doit avoir aucun scrupule de leur imposer cette obligation, qui peut leur servir de frein, en leur montrant les dangers de ces associations pernicieuses.

Les délinquants après la conviction, et surtout ceux qui sont sur le point de souffrir la peine capitale, sont une source de preuves. Dans un moment si solennel, tous les motifs séducteurs s'affaiblissent ou même s'évanouissent; tous les motifs tutélaires sont à leur plus haut point de force. C'est donc là une occasion précieuse dont il faut se prévaloir autant qu'il est possible.

Un parti plus sage encore serait de supprimer

6° Les cabarets qu'il fréquente habituellement.

7° La demeure de sa blanchisseuse.

la peine de mort, ou du moins de ne l'employer que dans des occasions très rares, parcequ'en détruisant les malfaiteurs on détruit une source de preuves. Je ne fais qu'indiquer ici cette considération qui a été développée ailleurs. (*Voyez* Théorie des peines, 2ᵉ édition, l. II, c. 13.)

Dans la jurisprudence française, les aveux d'un malfaiteur mourant sont sollicités par les juges, qui emploient même à cela le ministère de la religion, et c'est ce qu'on appelle *le testament de mort.*

Dans la jurisprudence anglaise, où l'on considère à peine la dépérition des preuves comme un mal, on se refuse à l'emploi de ce moyen, ainsi que de beaucoup d'autres. Les paroles d'un mourant, tendantes à inculper l'auteur de sa mort, quoiqu'elles ne soient point susceptibles de contre-examen, et qu'on ne puisse les recevoir que dans la forme de ouï-dire, sont admises sans scrupule. — Un discours d'un criminel condamné à mort, qui tendrait à inculper son complice, ne serait pas un témoignage admissible. Demandez pourquoi. La raison est toute prête : étant un criminel condamné, il est devenu infâme et indigne de toute croyance. — Mais si le même individu, au lieu d'être sacrifié à la justice, eût reçu d'avance le pardon du roi pour trahir ses associés, son témoignage eût été valide et

même aurait pu être suffisant pour la conviction, sans autre preuve. Quand les motifs à mentir sont au plus haut degré, son témoignage est admis : quand les motifs pour dire la vérité sont dans leur plus grande force, son témoignage est exclus.

Cette exclusion est d'autant moins raisonnable, que dans le cas d'un homme condamné, on peut admettre encore toutes les sûretés judiciaires qui ne sont point applicables au témoignage d'un homme mourant de mort naturelle. La vie du dernier est hors de la puissance humaine. Celle du premier est dans la main de la justice. Après la condamnation, comme auparavant, on peut user de tous les moyens qui assurent la vérité du témoignage, l'examen, l'enregistrement, la publicité et plusieurs autres.

CHAPITRE VIII.

Des moyens d'assurer la comparution d'un témoin.

La capacité de l'individu en question à servir de témoin étant reconnue, reste à assurer sa comparution.

Dans cette occasion, le législateur et le juge auront à décider entre deux intérêts antagonistes; l'intérêt de la justice d'une part, et l'intérêt du témoin de l'autre, en tant que le témoignage exigé l'exposerait à des frais et des vexations.

Règle I. La comparution du témoin étant toujours accompagnée de plus ou moins de vexation, ce service ne doit être exigé qu'après une déclaration solennelle de la partie que ce témoin est nécessaire.

Règle II. Dans les cas où la comparution soumet le témoin à des frais, ce service ne doit être exigé qu'après avoir assuré son dédommagement aux dépens de la partie qui réclame son témoignage, excepté dans les cas où la partie est inhabile à payer, et alors c'est au juge à déterminer de quel côté serait la plus grande perte : celle du

témoin par la comparution, ou celle de la partie par la non-comparution.

Dans l'état des choses le plus ordinaire, un témoin à qui le juge aura représenté toute l'importance du devoir que la loi lui impose, n'aura pas la pensée d'échapper à cette obligation et de dérober à la justice des informations qu'il peut lui donner. Les sûretés requises et suffisantes pour assurer sa comparution peuvent s'appeler *sûretés ordinaires*.

Mais il y a des cas où, plutôt que de se soumettre à cette obligation, le témoin proposé prendra le parti de se cacher ou même de quitter le pays. Les sûretés destinées à pourvoir à ces cas hors de la règle commune peuvent être distinguées par le nom de *sûretés extraordinaires*.

Il sera nécessaire d'y avoir recours dans les cas suivants :

1° Complicité. — Que, si à défaut de connaissance, le témoin proposé n'a pas été mis en état d'accusation, et cependant qu'il se sente participant du délit et craigne que l'on ne prouve contre lui, les motifs d'évasion ne seront pas moins forts que dans le cas de l'accusation directe. Le soupçon de cette position demanderait qu'on prît des sûretés.

2° Subornation par une des parties. — J'entends ici non la subornation pour se procurer un

faux témoignage, mais celle qui aurait lieu pour soustraire un témoignage essentiel. Ce moyen a ceci de particulier qu'il procure le même résultat que le mensonge, sans être exposé à la même infamie ni au même danger que le faux témoignage. Pour échapper du moins à toute peine personnelle, il suffit de l'expatriation, inconvénient qui peut être fort grand ou se réduire absolument à rien, selon les circonstances. Dans certains cas, le plus grand prix offert par un corrupteur serait sans effet; dans d'autres, où l'individu n'a rien qui le retienne, la plus petite somme peut faire pencher la balance.

3° Sympathie d'affection, c'est à-dire sympathie avec l'individu dont les intérêts seraient lésés par le témoignage. Les relations domestiques, celles d'époux, de père, d'enfant, de frère et de sœur, en sont les sources les plus apparentes : mais si l'amitié, la pure amitié pouvait déterminer Thésée à pénétrer dans les régions infernales pour la délivrance de son ami, à plus forte raison pourrait-elle engager un homme de la trempe la plus commune à franchir un ruisseau, à passer une frontière, à visiter un pays voisin, sans parler des motifs d'intérêt ou de plaisir qui peuvent s'y joindre.

On voit assez par ces exemples que de temps à autre il se présentera des causes où, pour as-

surer la comparution d'un témoin, les plus fortes sûretés n'auront rien de trop.

Dans le cas où le témoin serait le plus disposé à éluder le service, sa conduite sera généralement gouvernée par les mesures que les lois auront prises contre sa non-comparution.

Si, conformément aux règles du sens commun, la conséquence de ne s'être pas rendu à la première sommation est une obligation de se rendre à la seconde et ainsi de suite, *toties, quoties*, avec une peine pour chaque défaut, quel que soit l'objet du témoin réfractaire et quel que soit son motif, il ne peut que voir l'inutilité finale de sa résistance et le moment prochain où il sera forcé de se rendre, après une lutte dont tout le dommage est pour lui.

Dans cette position, et mettant à part certains accidents où l'obligation de comparaître à tel jour marqué l'exposerait à quelque inconvénient particulier, il y aurait bien peu de cas où il pût former le projet d'éluder la sommation juridique.

Il faudrait pour cela qu'il y eût de sa part un projet d'émigrer, ou un projet de se cacher, ou qu'il pût penser que dans ce délai, savoir dans l'intervalle entre la première sommation de paraître et la seconde, quelque autre preuve viendrait à manquer; par exemple, s'il présumait que dans cet intervalle quelque autre témoin essen-

tiel serait parvenu à s'expatrier ou qu'il fût à l'article de la mort, et que ce témoignage étant perdu, le sien tombât de lui-même.

Ces causes de dépérition tenant à la nature même du délit ou à des accidents, peuvent se nommer causes *naturelles :* mais il y en a d'autres qui résultent de la loi même ou de la manière de l'administrer, et qu'on peut nommer *causes factices*.

Ce serait, par exemple, une cause factice de dépérition de preuves, si la loi assignait un temps fixe, incapable d'extension, un jour marqué et unique, pour l'accomplissement d'un service qui, par la nature des choses, peut éprouver des obstacles insurmontables, des délais nécessaires; si, après avoir appointé un jour pour la comparution et l'examen des témoins, en cas qu'ils ne parussent point, elle ne souffrait pas qu'il leur fût enjoint de paraître dans une occasion subséquente. J'avoue qu'une telle conduite judiciaire est une absurdité qui peut tout au plus se concevoir et dont on n'oserait supposer l'existence. Car, dans cette supposition, une injure réparable est convertie par le législateur lui-même en injure irréparable. Il entre en société avec les malfaiteurs, et par des mesures arrangées d'avance il leur assure des succès qu'ils n'auraient pu obtenir par aucun autre moyen. C'est par lui-même

et les yeux ouverts qu'il amène cette catastrophe, le coup de mort de tous ses autres travaux, et qu'il prépare, avec l'appareil le plus imposant, une cour de justice pour en faire sortir le crime en triomphe.

Et toutefois ce contre-sens en législation, il ne serait pas difficile d'en trouver divers exemples dans la pratique même des tribunaux les plus célèbres.

Voyez l'Angleterre dans les délits les plus graves, ceux de félonie : pour entendre des témoins sur une seconde sommation, il faudrait accorder un nouveau *trial;* mais, que la décision, juste ou non, soit en faveur de l'accusé, c'est une règle et une règle inflexible de ne point l'accorder.

Il est clair que l'avantage est tout du côté des malfaiteurs et de la pire espèce de malfaiteurs. Et quelle inconséquence! Dans le cas des délits nommés *misdemeanours*, bien inférieurs aux premiers, la loi n'est pas à beaucoup près si inflexible; elle permet de revenir en arrière. Ainsi la possibilité de faire justice est en raison inverse de l'importance des cas.

C'était bien pis autrefois. Ce n'est qu'en 1702 qu'on fit une loi qui rendait la comparution obligatoire pour les témoins en faveur de l'accusé. Jusque là il dépendait d'eux de paraître ou de ne pas paraître après la sommation. Il n'y avait

pas de moyen légal de forcer un homme à se déranger, dût son témoignage sauver la vie à un innocent.

La maxime qu'il vaut mieux laisser échapper des coupables que de condamner un innocent est une de celles dont on a le plus abusé : mais en déduisant tout ce qu'il faut de ces exagérations sentimentales, il restera toujours incontestable que de ces deux maux la peine d'un innocent est de beaucoup le plus grand. Cela étant admis, on ne peut disconvenir que s'il y a quelque différence, celui qui désobéit à une sommation en faveur de l'accusé doit être puni plus sévèrement. Il faut pourtant observer que dans ce cas la sanction morale, secondée par le sentiment de l'humanité, supplée en partie à la sanction politique. Mais malheureusement la sanction morale et les sentiments d'humanité sont incertains et précaires dans leur influence.

Il paraît que dans la loi française, après tous les travaux dont elle a été l'objet, on en est encore au même point où l'on était en Angleterre il y a un siècle. Le témoin sommé par l'accusé est en liberté de paraître ou non, suivant le degré de faveur ou de défaveur qu'il porte à sa cause. Le cas d'où je tire cette conclusion, si le rapport est fidèle, est celui de la trahison commise contre la personne du premier magistrat.

Dans le procès rapporté par Pelletier, Demerville, un de ceux qui étaient accusés d'avoir projeté l'assassinat du premier consul, se plaignit de l'absence du consul Cambacérès. Je demande, dit-il, que le tribunal lui enjoigne de comparaître. « Le tribunal n'en a pas le droit, répondit le » président. La comparution des témoins à dé» charge est volontaire pour eux. Ne point com» paraître, c'est répondre, c'est dire qu'ils n'ont » rien à déclarer en faveur de l'accusé [1]. »

L'injonction de paraître doit être, comme nous l'avons vu, encore plus obligatoire pour les témoins à décharge que pour les autres. Le principe avancé par le président, si le rapport est exact, est insoutenable : « Ne point paraître, c'est » répondre. » Mais savent-ils sur quoi l'accusé veut les interroger? N'est-ce pas sur un fait qu'eux seuls peuvent connaître, et n'est-il pas possible que toute sa justification tienne à la preuve de ce fait? « Ne pas paraître, c'est répon» dre, c'est dire qu'ils n'ont rien à déclarer en » faveur de l'accusé! » — Eh non! c'est dire plutôt le contraire : Je n'ose pas paraître; et si je l'osais, je ne le voudrais pas : au-dessus de moi est un potentat qui veut que l'accusé soit trouvé coupable; irai-je de mon propre mouvement

[1] Paris, par Pelletier, n° 220. Février, 1800.

dans une cour de justice, ou sauver l'accusé aux dépens de mes intérêts, ou le détruire aux dépens de ma réputation ? Ce discours peut être vrai ou faux; mais autant qu'on peut interpréter le silence, cette explication pouvait s'appliquer à la situation de cet accusé et de ceux qui lui refusaient le premier service dû à un citoyen et à un malheureux.

CHAPITRE IX.

Des sûretés ordinaires.

Dans les cas ordinaires, tels que nous les avons décrits, tout ce qui est requis de la part du législateur, c'est d'établir une peine en cas de non-comparution; et de la part du juge, de notifier cette peine au témoin proposé, en lui marquant le jour et le lieu de l'assignation.

Par rapport au choix de la peine, il ne faut qu'appliquer à ce cas particulier les principes généraux qui ont été exposés dans un autre ouvrage.[1].

Je me bornerai à répéter ici la première de ces règles, pour montrer comment la pratique commune a été défectueuse.

Règle I. La peine doit surpasser le profit du délit.

Dans le cas en question, il est manifeste qu'il n'y a point de limite fixe au profit du délit. — Le profit par la soustraction d'un témoignage peut être tout aussi grand que le profit par un faux

[1] Voyez *Traités de législation*, tome II, p. 143, de la proportion entre les délits et les peines; p. 162, du choix des peines; 2e édition.

témoignage. Il n'y a aucun effet, soit en mal pour les individus ou le public, soit en avantage pour le témoin délinquant ou la partie avec laquelle il est lié, qui ne puisse également être produit par une de ces causes ou par l'autre.

Si l'exposition ignominieuse proposée pour le faux témoin est inapplicable à la soustraction criminelle du témoignage, les autres peines consistant en emprisonnement et en amende pécuniaire doivent s'appliquer aux deux cas, et être illimitées dans l'un et dans l'autre.

Supposez la peine pécuniaire limitée à une quantité précise, quel en est l'effet? — C'est qu'à l'égard de certains délits où le profit est supérieur à la peine, elle opère *pro tanto* comme une permission. — Il s'agit, par exemple, de l'authenticité d'un testament qui lègue une propriété de 20,000 liv. sterl. Il est au pouvoir du témoin proposé de prouver qu'il est faux. La peine pour la non-comparution est limitée à 10,000 liv. Quelle est la conséquence ? Que le criminel, le faussaire qui a fait le testament, donne au témoin proposé les 10,000 liv. pour acquitter son amende, et que, déduction faite de la récompense nécessaire pour acheter le silence du témoin, il jouit en toute sûreté de l'héritage acquis par la fraude.

Cette vérité, toute simple qu'elle est, a été méconnue dans la loi française.

Dans cette loi, que la cause soit civile ou pénale, et quel que soit son degré d'importance, la peine pour la non-comparution est fixée, dans l'acte de sommation, à une amende qui n'est ni plus ni moins de 10 livres [1].

Y a-t-il au-delà des 10 livres quelque peine cachée? Il n'y a pas à cet égard la moindre insinuation dans le texte de la loi, et l'acte de sommation n'en dit pas davantage. Si c'est là tout, il est clair que dans tout objet de contestation supérieur à cette légère amende, la peine légale est tout-à-fait nulle, et la partie est laissée à la merci de l'individu dont le témoignage lui est malheureusement nécessaire.

Dans la loi anglaise, la peine pécuniaire que porte l'acte de sommation est la même dans tous les cas, savoir 100 liv. sterl. Mais au-delà de cette peine limitée, et par conséquent inefficace dans une multitude de cas, il y a en réserve une autre peine illimitée. Le délit, sous la dénomination technique de *contempt* (mépris de justice), est considéré comme un délit contre la justice, et punissable par amende et par emprisonnement, l'un et l'autre non limités. Cette peine

[1] Pratique civile, in-4°, Paris, 1788, p. 503; ordonnance d'avril 1667, tit. 22, art. 8, p. 220; Dumont, *Style criminel*, p. 18. — Par le code actuel, la peine peut aller jusqu'à 100 francs. Code d'instr. crim., n° 80.

subsidiaire est parfaitement compétente pour l'objet en question : mais pourquoi n'est-elle pas énoncée dans l'acte de sommation? Et le point qui est omis est le plus important; car la peine énoncée, celle des 100 livres, reste sans effet : l'amende et l'emprisonnement pour le mépris de justice, dont on ne fait aucune mention, sont en pleine vigueur. La plupart des instruments judiciaires, des formulaires légaux, sont aussi défectueux que celui dont je parle.

Une autre règle pour l'assiette des peines est de faire servir les peines pécuniaires au dédommagement de la partie lésée.

Pour le cas en question, je puis citer la loi anglaise, jusqu'à un certain point, comme un modèle.

Dans les causes civiles, si un témoin proposé, après l'offre à lui faite de couvrir ses frais, ne paraît pas, selon l'assignation, sans avoir d'excuse valable, le témoin en défaut paiera 10 livres sterl. à la partie pour chaque défaut; et de plus, tel dédommagement ultérieur que le juge aura accordé pour être recouvrable par une action de dette.

Peine pécuniaire. — Peine proportionnelle au mal du délit. — Peine applicable, en forme de satisfaction, au bénéfice de la partie lésée. — Tout cet arrangement est ce qu'il doit être.

Malheureusement ce plan si sage n'a point l'étendue qu'il devrait avoir. Pour que la partie ait droit à cette satisfaction, il faut que la cour où le procès se passe soit une cour de *record*. — Et il y a plusieurs cours de justice qui ne sont pas des cours de record; — en particulier, les cours nommées ecclésiastiques, qui ont la connaissance des testaments; et les cours d'équité, où se traitent les plus grandes causes de propriété, pour ne pas dire qu'elles s'y engouffrent.

CHAPITRE X.

Sûretés extraordinaires pour la comparution des témoins. — I. Gages et cautions.

On donne un gage pour l'accomplissement futur d'un certain acte, quand une chose ou une somme d'une valeur suffisante est mise en dépôt entre des mains de confiance, à condition que si l'acte en question est exécuté duement pour le temps et la manière, le gage sera remis au dépositeur, et dans le cas contraire il en sera disposé autrement; que le tout ou une certaine part sera donnée, par exemple, en forme de dédommagement, à la partie lésée par le non-accomplissement de l'acte.

Un immeuble est préférable pour un gage. Il n'y a point de vexation ni de frais, comme il peut y en avoir à se dessaisir d'une somme d'argent. Tout ce qu'il faut en ce cas, c'est une notification publique que l'objet engagé n'est plus vénal.

II. Caution personnelle.

Il y a caution quand, au lieu d'un dépôt actuel, une ou deux personnes s'engagent dans le carac-

tère de *répondants* pour l'exécution de l'acte de la part de leur *principal*, c'est-à-dire la personne en faveur de qui elles sont liées : l'obligation étant telle, que, si l'acte est fait duement, elle est censée finie; mais que, dans le cas opposé, les répondants seront soumis à quelque inconvénient spécifique, communément à payer une somme d'argent en forme de satisfaction à la partie lésée par le non-accomplissement de l'acte [1].

III. Arrestation personnelle.

Une mesure si vexatoire ne peut être justifiée que dans l'une ou l'autre de ces deux suppositions :

1° Que pour éviter l'obligation de comparaître, le témoin proposé forme le projet de s'expatrier, et qu'il ne veut pas ou qu'il ne peut pas fournir une caution suffisante ;

2° Que l'arrestation est un moyen nécessaire pour faire avancer des répondants qui sans cela ne se présenteraient point.

La conséquence de l'emprisonnement, faute de caution, est de priver le témoin de sa liberté jusqu'au moment de l'examen, à moins que dans l'opinion du juge le mal de cette vexation ne l'emportât sur celui qui peut résulter de la soustraction de ce témoignage.

[1] Voyez sur ce sujet Traité de législation, t. II, seconde édition, p. 157, du Cautionnement.

Supposé que le projet de s'expatrier pour priver la justice du service qu'il peut lui rendre fût bien prouvé, il ne faut point avoir de regret sur la sévérité de la mesure : l'emprisonnement remplit le but de la peine, et opère pour l'exemple.

IV. Choix de domicile pour la correspondance judiciaire.

J'entends par choix de domicile ce qui est entendu sous ce nom dans la loi française; — qu'il y aura un domicile assigné, la maison d'une personne responsable, par exemple celle du procureur ou de l'avocat de l'individu en question, où toutes les communications nécessaires peuvent lui être adressées, tellement que, d'après leur envoi dans ce domicile, il soit présumé les avoir reçues, et censé coupable s'il n'obéit pas aux ordres qui lui auront été signifiés de cette manière.

Dans ce choix de domicile, il est nécessairement compris qu'il ne s'en éloignera point sans avoir demandé la permission du juge : cette obligation lui étant imposée, il ne peut y manquer sans se rendre suspect du dessein de s'expatrier, et sans s'exposer à l'arrestation personnelle.

V. Sauf-conduits, en cas de séjour dans l'étranger, d'expatriation antérieure.

J'entends par *sauf-conduit* ce qui est entendu, en même cas, par la loi germanique. — L'assu-

rance d'exemption de prise de corps et d'emprisonnement dans les limites de la juridiction en question, pour la venue au siége de la justice, le séjour pendant le procès, et le départ après qu'il est terminé.

Une assurance de cette sorte est une sûreté donnée, non par le témoin, mais au témoin. Elle suppose de sa part qu'il est exposé à la prise de corps de quelque manière que ce soit, pour délit ou pour dette.

S'il s'agit d'un délit, le sauf-conduit peut être considéré sur le pied d'un pardon, d'une rémission de peine temporelle et partielle pour cet objet particulier. — Dans ce sens, c'est une sorte de faillite de justice pour éviter une plus grande injustice dans le cas où l'on perdrait le bénéfice de son témoignage.

Balancer les inconvénients des deux parts, c'est la fonction du juge en ce cas comme en tout autre; et, selon le côté prépondérant, il doit accorder ou refuser le sauf-conduit.

Le grand nombre de petits États indépendants dont était composé le corps germanique avait donné lieu à cet arrangement qui, dans d'autres pays, doit au premier coup d'œil paraître assez étrange. Il présente l'idée d'une négociation et d'une espèce de marché entre la justice et un homme qui a échappé aux lois. Cependant, même

dans le cas des plus grands malfaiteurs, ce genre de compromis, loin d'avoir produit de mauvais effets, a toujours été conclu à l'avantage de la justice [1].

Dans la jurisprudence anglaise, un arrangement de la même nature n'est pas sans exemple. Je parle de l'exemption de prise de corps, à raison de dettes, accordée aux personnes dont la comparution est requise dans une cour de justice en qualité de témoins.

La différence entre les deux lois est considérable, et il n'est pas difficile d'en rendre compte par les circonstances des deux pays.

Dans la Grande-Bretagne, l'expatriation ne pouvant avoir lieu sans un trajet de mer, la justice a sur les malfaiteurs une prise beaucoup plus forte qu'en Allemagne; par conséquent elle ne s'est point soumise à traiter avec eux.

En Angleterre, où l'exemption ne s'accorde qu'à une seule classe de personnes (les débiteurs), tout ce qui se fait à cet égard se fait par une règle générale, sans rien laisser à la discrétion du juge. En Allemagne, où l'exemption s'étend jusqu'aux malfaiteurs de tout genre, il a bien fallu laisser

[1] Dans la procédure germanique, ces sauf-conduits ne se donnent que dans les causes pénales, et non dans toute sorte de causes. C'est une inconséquence, car l'avantage n'est pas moins grand dans un cas que dans l'autre.

une discrétion considérable. Le juge est dans tous les cas appelé à comparer le danger d'ouvrir le pays à un criminel avec l'urgence du besoin de son témoignage.

VI. Examen au lit de mort.

Que le témoin se rende devant le juge, ou que le juge aille au témoin, l'objet principal est également rempli; mais il ne l'est point dans les deux cas sous une forme aussi avantageuse. La publicité, le plus beau trait de la justice, ne peut pas appartenir aux procédés d'une chambre, et surtout de la chambre d'un malade, comme à ceux d'un tribunal.

Une déposition reçue dans cette forme privée, tout inférieure qu'elle est, vaut mieux que la privation de cette preuve, surtout si le fait ne peut être établi par aucune autre. Cette déposition prise directement, quoiqu'elle n'ait pas toutes les sûretés d'une déposition publique, vaut mieux, beaucoup mieux, que toute autre espèce de preuve dérivée de la même source, par exemple qu'un écrit casuel de la personne en question ou un ouï-dire de ceux qui l'entourent. Elle vaut mieux que sa déposition, même faite par serment, *uno flatu,* hors de la présence du juge, et sans ces questions incidentelles qui sont le scrutin de la vérité.

Quant à l'objection qu'on peut tirer des occupations du juge et du temps qui serait employé à un tel effet, outre qu'il s'agit ici de circonstances nécessairement très rares, si le juge a la faculté de se nommer un député, comme il doit l'avoir, cette objection tombe d'elle-même.

Ce témoignage, ainsi recueilli sous cette forme inférieure, sera-t-il pris dans la circonstance la plus prochaine, ou faut-il, au prix des délais nécessaires, retarder l'opération, dans l'espoir que le malade, recouvrant sa santé, sera en état de le faire en public? Il est évident que la décision doit être laissée à la discrétion du juge. Les raisons pour et contre sont susceptibles de varier dans tous les degrés possibles, et une règle inflexible serait nécessairement erronée. Le grand danger est celui de la perte totale de la preuve par la mort du témoin.

Quant aux formalités à observer en pareil cas, c'est un objet trop minutieux pour s'en occuper long-temps. Le juge aura pour principe de donner au témoignage toutes les sûretés que l'état du témoin peut permettre.

CHAPITRE XI.

Production des preuves réelles.

Ce qui a été dit sur la découverte des preuves personnelles peut s'appliquer aux preuves réelles avec très peu de variations.

Les moyens à employer prendront différents caractères et différentes dénominations selon la nature des choses, meubles ou immeubles, périssables ou non périssables, ayant une valeur propre ou seulement une valeur de convention, comme des écritures, des contrats, etc.

Il y a des moyens qui vont à deux buts, celui d'assurer la production des preuves pour la justice, et celui de servir à la police préventive : telles sont les mesures prises contre certains délits négatifs, consistant à éluder les taxes, surtout les taxes sur certaines manufactures ou autres branches d'industrie. Un officier est appointé pour inspecter les opérations d'une brasserie ou d'une distillerie ; il a le pouvoir légal d'*entrée* et de *visite*. Autant que le délit en question est prévenu par cette inspection, l'objet de la police est effectué, et tout finit là. Si le paiement est éludé,

ou si l'on omet des actes prescrits pour l'assurer, les officiers-inspecteurs recueillent les preuves pour la justice, et les arrangements établis pour prévenir le délit se montrent dans leur caractère de mesure provisoire pour établir la preuve.

La distinction relative aux personnes, entre sûretés ordinaires et sûretés extraordinaires, s'applique de même aux preuves réelles. Dans le cas des personnes, la sûreté ordinaire consiste dans un ordre juridique de comparaître, sous telle peine éventuelle en cas de désobéissance : dans le cas des preuves réelles mobilières, la sûreté ordinaire consiste dans un ordre adressé au propriétaire ou possesseur de la chose en question, d'être prêt à la produire à la première réquisition.

Les sûretés extraordinaires, le cautionnement, la fixation de domicile, le sauf-conduit, la visite par le juge, applicables aux personnes dans le cas où l'on veut s'assurer de leur déposition, sont également applicables aux individus en tant que propriétaires ou possesseurs de différentes choses mobilières ou immobilières considérées comme sources de preuves réelles.

La plus efficace des sûretés extraordinaires par rapport aux personnes, et la dernière à employer, c'est la prise de corps et l'adduction au juge : la même mesure est applicable aux choses avec beaucoup moins de difficulté et de vexation.

Par rapport aux personnes, l'utilité de la procédure investigatoire se borne à l'objet de la *découverte;* par rapport aux choses, la procédure investigatoire a plus d'étendue. Pourquoi? c'est qu'un homme ne se cache pas dans une boîte, et ne peut pas passer clandestinement de main en main; au lieu qu'un diamant ou un contrat peut être soustrait de cette manière avec la plus grande facilité : si donc on connaît une des mains par lesquelles l'objet a passé, c'en est assez pour le suivre de l'une à l'autre, jusqu'à ce qu'on s'en saisisse, et il n'est aucun des détenteurs passagers qui puisse ou nier de l'avoir reçu ou refuser de faire connaître le dépositaire subséquent, sans risquer d'encourir les peines du faux témoignage.

Voilà une manière de procéder qui tend franchement à son but. Voulez-vous un exemple du contraire? il ne sera pas difficile à trouver.

Une des parties (disons le demandeur) a besoin d'une preuve que le document en question fournirait : ce document est entre les mains de la partie adverse, ou dans celles d'un tiers qui, sans être lui-même dans la cause, est favorable à la partie adverse. Dans cet état de choses, voici comment la loi y a pourvu : il y a un formulaire de sommation qui enjoint, sous une certaine peine, au témoin proposé de se trouver à tel jour devant le juge, et d'y apporter avec lui le document en

question. Que fera-t-il en conséquence? Il ne l'apportera point, s'il a le sens commun. « Où » est le document? dit le juge. — Il est, répond » le témoin, dans les mains de Secundus. Avant » que la sommation m'eût été remise, Secundus » avait désiré de le voir, je le lui ai prêté; après » la sommation, je l'ai redemandé; il a promis » de me le rendre; et la dernière chose que j'ai » faite a été de passer chez lui pour le reprendre » et vous le présenter : sa réponse a été qu'il l'a- » vait cherché dans tous ses papiers, et que mal- » heureusement il ne le trouvait pas. » Le témoin proposé déjoue la justice, et la déjoue complètement dans les cas où la cause doit être décidée dans le même jour, sans possibilité d'audience postérieure; et cependant que risque-t-il? Rien : tout ce qu'il a dit est strictement vrai.

A cette procédure enfantine substituez le mode investigatoire que la nature de la chose requiert; le demandeur, poursuivant le document de main en main, est aussi sûr de l'atteindre que le chien de chasse de trouver le gîte du renard. Il peut être détruit; mais le destructeur agit à ses périls, la peine pèse sur sa tête; il ne peut pas, comme dans le cas que j'ai cité en exemple, se moquer impunément de la justice.

Les moyens physiques de saisie et d'adduction sont pour le moins aussi nécessaires par rapport

aux preuves réelles qu'aux personnelles, non dans le cas où le possesseur de la chose a un intérêt prédominant à la conserver, mais dans ceux où sa probité n'est point sous cette sauvegarde. Sommation de produire pourrait être en ce cas avertissement de détruire, s'il était adverse à la cause. Pour avoir une chance de succès, il faut qu'il puisse être pris au dépourvu : il est vrai que, se doutant du parti qu'on peut en tirer contre lui, il a pu détruire la preuve réelle en question, dès qu'elle a été entre ses mains ; et, si personne n'a su qu'elle a été en sa possession, le mal est sans remède : mais quoique la vigilance soit la vertu du vice, l'improbité n'est pas toujours sur ses gardes.

Otez le pouvoir de saisie soudaine, le possesseur de la preuve réelle pourrait avoir un intérêt à la conserver, non pour la produire honnêtement, mais pour en faire l'objet d'une transaction lucrative, pour la vendre à la partie qui en a besoin.

Loi anglaise.

La procédure anglaise est extrêmement insuffisante dans les moyens d'assurer la production des preuves réelles ; elle laisse souvent les parties dans un état de faiblesse déplorable, leur refu-

sant toute assistance, ou la leur faisant acheter à un prix extraordinaire.

Dans certains cas de félonie, les choses ne vont pas si mal ; la partie lésée a des ressources : elle peut faire saisie des preuves réelles, comme de la personne de l'accusé.

Mais ici même on retrouve encore cette absurdité protectrice de tous les crimes : vous pouvez visiter la maison d'un homme pour trouver des preuves contre lui ; vous pouvez fouiller ses habits pour chercher des effets volés ou les instruments de ses déprédations; mais vous ne pouvez pas lui demander où est la chose qu'on cherche : on peut soumettre une femme à une inspection que la pudeur ne permet pas de décrire, mais il faut bien se garder de lui faire une seule question.

Dans les cas où le possesseur de la preuve réelle est partie au procès, lorsqu'il est le défendeur, dans les causes non pénales, une espèce de remède lui est offert par une autre loi que la loi commune ; une loi qu'aucune autre nation n'a le malheur de connaître, une loi qui porte le nom le plus spécieux et le plus trompeur, la loi d'*équité*.

Si un plaideur est assez malheureux pour écouter la voix de la sirène, si un procureur est assez perfide pour lui en donner le conseil, il s'ouvre les portes de ce labyrinthe ; le voilà engagé dans les détours de cette région où les

vexations arrivent de toutes parts avec leurs bottes de sept lieues, et où la justice se traîne à pas de tortue. Le demandeur *file* son *bill* contre le défendeur, pour une *découverte* (telle est la langue de cette contrée); après un certain nombre de mois ou d'années, et plus probablement d'années, il apprend ce qu'il aurait pu apprendre dans un jour, dans un moment, si on avait suivi les premières règles du bon sens: il apprend que le défendeur n'a rien à découvrir; le document dont il est en cherche n'existe point, ou, s'il existe, il existe ailleurs, sur la terre ou dans la lune : c'est à lui de le deviner.

Toutes les marches et contre-marches par lesquelles l'opération la plus facile est retardée, prolongée, suspendue, forment un ensemble dont il est impossible de faire l'histoire en peu de mots.

Si de son côté le défendeur a besoin d'un document qui se trouve dans les mains du demandeur, croyez-vous qu'étant aux prises avec lui dans la même cour il ait la faculté de l'obtenir par une sommation directe? Rien moins que cela : il faut *filer un contre-bill*, recommencer un procès à part, doubler les vexations, doubler les délais, doubler la dépense, engendrer une cause d'une autre, et lui donner une extension démesurée. Ce serpent prodigieux, aussi gros qu'un

câble, ce boa qui avale un cerf dont on voit la corne sortir par sa bouche, et reste immobile dans sa digestion, le cou enflé et distendu, est un assez juste emblème d'un procès ordinaire engouffré dans un autre procès devant la cour d'équité.

CHAPITRE XII.

Règles sur l'inspection des preuves écrites.

Dans plusieurs cas, sans la faculté d'inspection préparatoire et de transcription de documents, celle de les employer comme preuves définitives serait très peu utile si la forme de la procédure est telle que l'examen des preuves et la décision doivent se faire dans une même séance. Leur chance d'utilité est variable à l'infini, selon la masse plus ou moins grande de ces documents, selon l'ordre et le désordre dans lesquels se trouvent les matériaux à consulter, selon qu'ils sont pourvus ou dépourvus des moyens qui facilitent les recherches, comme les tables des matières, les index, etc.

L'inspection préparatoire, nécessaire à proportion que la masse des documents est plus considérable, se rapporte aux usages suivants :

1° Opportunité de séparer tout ce qui est pertinent au sujet d'avec tout ce qui n'en relève pas.

2° Temps nécessaire pour mettre en ordre les matériaux mis à part, pour observer leurs appli-

cations à la cause et les conclusions qu'on en peut tirer.

3° Temps de transcrire les passages en question, en totalité ou par extraits.

Voyons maintenant les règles à établir par rapport à l'inspection des documents civils.

Règle I. Le juge ne devra point accorder l'inspection préparatoire sans le consentement du possesseur, à moins que les documents ne doivent être produits comme preuve définitive.

Règle II. Quand les documents écrits doivent être produits comme preuves définitives, leur inspection préparatoire doit être accordée, même sans le consentement du possesseur.

Règle III. Si les documents en question sont mélangés d'autres documents qui n'appartiennent point au sujet, et qu'il y ait raison de craindre que leur divulgation ne soit préjudiciable, le juge, sur la demande de la partie intéressée, prendra dans chaque cas les arrangements nécessaires pour concilier les intérêts opposés.

S'agit-il, par exemple, des livres d'un négociant ou d'un manufacturier, contenant le secret de ses affaires commerciales ou de ses procédés industriels; s'agit-il des minutes d'un registre public, de l'amirauté, de la guerre, etc.; on ne permettra l'inspection et la transcription à la partie intéressée qu'après avoir pris des précautions pour

limiter ses recherches à ce qui lui est nécessaire. Le juge ou le député du juge, après avoir obtenu la déclaration solennelle des possesseurs du livre ou du registre, sur la nécessité de soustraire à l'inspection telle ou telle partie, fera couvrir les feuillets qui ne doivent pas être lus et y apposera son sceau.

Les divers moyens à employer dans un tel cas peuvent paraître minutieux, mais il peut se trouver des circonstances où ils seraient absolument nécessaires, par exemple dans des causes relatives à des opérations politiques ou militaires, où la divulgation d'un secret pourrait être de la plus grande conséquence. Il est vrai qu'en pareil cas la plupart des gouvernements, et surtout un monarque absolu, trancheraient le nœud de la difficulté, abrégeraient les cérémonies en défendant toute communication de registres publics; mais il n'y a point de gouvernement dans lequel on ne puisse remplacer avec avantage l'exercice du pouvoir arbitraire par une marche régulière de la justice et des arrangements préordonnés.

Loi anglaise.

Dans la jurisprudence anglaise, le droit d'obtenir la faculté d'inspection préparatoire, contre le gré de la partie, semble être comparativement de moderne date. C'est une de ces heureuses

innovations qui, malgré la force d'inertie, se glissent de temps en temps, et sans qu'on sache comment, dans le système de la routine.

Dans une procédure où, sous une multitude de prétextes, on avait resserré le droit d'obtenir des preuves définitives, et encore plus des preuves investigatoires, ce qui concernait la preuve par écrit devait être encore sur un plus mauvais pied que la preuve personnelle. Il a fallu que l'usage de tenir des livres, des journaux, d'écrire des lettres, d'avoir des minutes de tous les actes publics, soit devenu général, pour avoir enfin persuadé aux juges d'étendre leurs pouvoirs jusqu'à contraindre les parties à produire ces documents. Il est vrai que les contrats proprement dits sont d'une antiquité reculée; mais écrire et lire sont deux arts différents. Aussi, même aujourd'hui, dans le style de la loi, celui qui a fait un engagement par écrit (*a bond*) n'est pas censé savoir le lire. Ce qu'il demande, quand une action est intentée sur cet écrit, ce n'est pas de le lire lui-même, mais d'en entendre la lecture.

En parcourant le digeste de Conyers, sur trente-deux cas où ce droit d'inspection préparatoire a été réclamé, j'en trouve seize dans lesquels, suivant le vœu de la raison et de la justice, on l'a accordé, et seize dans lesquels on l'a refusé. Parmi ceux-ci, j'en vois deux ou trois où la rai-

son du refus paraît avoir été *l'impertinence* de la demande ou la *vexation prépondérante* pour l'autre partie. Mais dans les autres, je n'aperçois point de donnée pour découvrir la raison du refus.

CHAPITRE XIII.

Des écrits.

Par rapport aux moyens d'assurer la production, ils sont les mêmes pour les écrits que pour les preuves réelles.

L'authenticité de l'écrit est-elle disputée ou non, on doit se conduire différemment dans ces deux cas. Si elle est disputée, l'écrit doit être produit en original, par les mêmes raisons qu'on produit le corps d'une personne récemment tuée, les habits qu'elle avait, les armes qui ont servi à sa mort.

Si l'authenticité n'est pas disputée, la chose à examiner étant la teneur de l'écrit et non l'écrit individuel lui-même, une copie peut servir tout aussi bien que l'original, et l'on peut s'épargner les inconvénients qui résultent fréquemment de la nécessité de produire l'original.

Tout ce qui sert à la découverte des preuves réelles peut servir de même à celle des preuves écrites : les précautions à employer pour empêcher qu'un écrit ne disparaisse ou ne passe secrètement de main en main seront les mêmes que pour les preuves réelles. Il faut même observer

que ces précautions sont plus nécessaires, parcequ'un écrit n'ayant point de valeur intrinsèque commerciale, mais seulement une valeur relative, est plus exposé au danger de la destruction pour l'objet d'anéantir la preuve qui en résulte.

Par rapport à l'extraction de la preuve qu'il est capable de fournir, l'écrit parle pour luimême, et cela dans un sens moins figuratif qu'aucun article de preuve réelle : bien entendu qu'il n'y a point de dispute sur son authenticité; car si elle est contestée, la discussion de cette question est plus difficile et plus complexe en général que celle qui peut s'élever sur l'authenticité des preuves réelles.

Moyen de prévenir la suppression d'une preuve écrite, ou d'y remédier.

Nous avons fait mention dans le chapitre précédent de la difficulté de préserver, de garantir de dépérition un article de preuve réelle qui se trouve dans la possession d'une partie adverse. Dans le cas d'un article de preuve écrite, cette difficulté sera plus grande dans certaines circonstances et plus petite dans d'autres. Pour les preuves réelles, la valeur de la chose sera proportionnellement une sûreté contre sa destruction ; mais dans quel sens? Contre la destruction de l'objet dans sa nature utile, oui; mais non contre sa des-

truction en qualité de preuves : il ne sera pas détruit, il sera altéré. Un enfant dont la filiation est contestée entre deux pères, ne sera détruit ni par l'un ni par l'autre ; mais s'il y a une verrue ou une marque sur sa personne qui puisse servir en qualité de preuve réelle, la sûreté qu'on a pour sa vie ne s'étend point jusqu'à la conservation de cette excroissance. La valeur de la façon d'une boîte d'or avec le chiffre du propriétaire pourra bien prévenir l'opération du creuset ou de la fonte, mais non celle du marteau ou de la lime pour faire disparaître le chiffre.

Dans le cas d'un écrit qui se trouve dans la possession de la partie adverse ou d'un tiers lié d'intérêt avec la partie adverse, la seule sûreté qu'on puisse avoir pour la production de l'écrit, à moins qu'on ne s'en soit saisi par surprise, c'est la nécessité contingente où la partie peut se trouver de le produire pour quelque autre objet : de valeur absolue, il n'en a point : sa chance d'être conservé ou détruit correspond à sa valeur relative pour son possesseur.

Voilà le danger. Comment peut-on le prévenir ?

Dans le cas où l'écrit est dans les mains de la partie adverse (supposez un contrat), le juge devrait être autorisé à déclarer que, si l'écrit en question n'est pas produit, la partie réfractaire ne pourra

dans la suite en faire aucun usage à son bénéfice ; qu'il est comme détruit et annulé pour elle et pour ses représentants; qu'il sera pour eux sans force et sans effet juridique. Ceci suppose que la partie aura été duement convaincue de l'avoir eu dans sa possession et de l'avoir soustrait criminellement, et il sera nécessaire d'ajouter une clause qui sauve les intérêts de toute autre personne concernée dans l'acte et innocente de la fraude.

A ce moyen on peut en ajouter un autre plus direct et souvent d'une efficacité plus certaine. Cet acte a-t-il jamais été en votre possession? — Oui. — Comment est-il sorti de vos mains? — Le silence ou les réponses évasives peuvent fournir une preuve satisfaisante, une preuve aussi satisfaisante qu'un aveu d'une suppression frauduleuse.

Mais la teneur de l'écrit n'est pas connue. Dans cette supposition, que doit-on faire? Présumer qu'il est aussi favorable que possible aux réclamations de la partie qui l'invoque; défavorable au même degré à celles de la partie qui le supprime; rien de plus juste. Vous cachez cet acte, nous devons présumer qu'il donnerait gain de cause à votre adversaire, dans la plus grande étendue.

Dans le cas où l'écrit est entre les mains d'un tiers, ce remède n'est pas si simple et si sûr. Que la destruction soit réelle ou prétendue, qu'elle soit accidentelle ou intentionnelle, accompagnée

ou non de mauvaise foi, qu'elle ait été faite à dessein de favoriser la partie adverse ou tout autre, ce sont là autant de points que le juge doit éclaircir par l'examen des témoins soupçonnés de collusion et par toutes les circonstances du cas. La collusion est-elle prouvée, la partie qui a agi frauduleusement doit perdre sa cause, et le juge peut déclarer que l'acte supprimé est annulé dans toutes ses conséquences bénéficiaires par rapport au suppresseur.

Quant au témoin collusif, supposé la collusion établie, il doit être soumis à une peine pour cette espèce de fraude comme pour toute autre.

Il arrivera souvent que les preuves, assez fortes pour établir le fait d'un écrit existant et supprimé, ne le seront pas assez pour établir la criminalité du témoin collusif et justifier l'infliction d'une peine. Dans ce cas, que fera le juge? S'il s'agit d'une cause non pénale, où le demandeur a un intérêt égal à celui du défendeur, où l'un gagne ce que l'autre perd, la probabilité de mauvaise foi dans la partie en faveur de laquelle l'acte est supprimé suffit pour tourner contre elle la balance de la justice, quand d'ailleurs elle serait égale.

CHAPITRE XIV.

Conduite à tenir avec des témoins réfractaires.

C'est ici le point difficile : le législateur n'a que le choix entre les inconvénients. Qu'un témoin, qui a toutes les qualités requises pour témoigner, fasse sa déposition, c'est un résultat désirable, pour la même raison et au même degré que la justice est désirable. Il importe peu qu'il ait été amené devant le juge si, quand il est là, il refuse de parler. Ce refus est un délit contre la justice. Quels que soient les motifs qui excitent le témoin à cet acte de désobéissance, il faut trouver une contre-force suffisante pour les vaincre : autrement le sort de la cause, c'est-à-dire de chaque cause, le pouvoir entier de la justice et des lois, est prosterné aux pieds de tout individu dont le témoignage est nécessaire dans la circonstance.

Commençons par faire une distinction entre le témoin qui est partie dans la cause, et celui qui ne l'est pas. Cette distinction fondamentale répand un grand jour sur la matière, et fait disparaître une partie de la difficulté.

1° Le témoin est-il partie, il est sous la puis-

sance de la justice. Refuse-t-il de parler, elle lui fait perdre sa cause.

Est-il là dans le caractère de demandeur, de partie plaignante; l'objet de la demande est mis à néant. Ce qu'il réclame, c'est un service de la part du juge. Le juge lui dit: Vous n'avez pas droit à ce service; vous refusez de remplir une condition essentielle sans laquelle je ne puis rien pour vous.

Est-il là dans le caractère de défendeur: Refusez-vous de parler, lui dit le juge; c'est que vous n'avez rien de solide à opposer aux réclamations de votre antagoniste: votre silence établit son droit contre vous.

Si cette règle est incontestable en matière civile, elle n'est pas moins juste en matière pénale. Lorsqu'un accusé entend les témoins qui le chargent, lorsqu'il voit se développer contre lui des preuves qui doivent opérer la conviction du juge, s'il s'obstine à garder le silence, la conclusion qu'on en tire contre lui est aussi naturelle que légitime: peut-il avoir quelque autre raison de se taire que la crainte de s'inculper plus grièvement lui-même? Supposez-le innocent: il est moralement impossible qu'il refuse de parler; il a tout à gagner en parlant, et n'a rien à perdre. Silence est synonyme d'aveu. L'aveu est une confession de bouche; le silence est une confession de fait. Dans la supposition contraire, s'il peut détromper

ses juges et qu'il ne le veuille pas, il meurt par sa propre volonté, il meurt par un suicide.

C'est tirer du silence, dira-t-on, une conclusion exagérée. Le silence, comme toutes les autres preuves circonstancielles, est susceptible de considérations infirmatives; il peut être le résultat de l'incapacité, de la stupeur, d'une aliénation mentale, peut-être d'un principe d'honneur ou de générosité.

Oui, sans doute; et un juge serait trop ignorant dans les premiers éléments de l'art judiciaire s'il ne savait pas distinguer la nature et les causes du silence. Mais de quoi s'agit-il? de ces cas où il y a des preuves de délit, des témoignages suffisants contre l'accusé; preuves, témoignages qu'il doit être en état de réfuter s'il est innocent, et sur lesquels il ne peut se taire que parceque sa conscience le condamne. Dans la jurisprudence anglaise, où un accusé coupable se sert du privilége de la loi pour ne rien dire, où on ne lui fait aucune question, peut-on douter que son silence ne produise un effet sur l'esprit du jury? C'est en vain qu'on dirait le contraire : les jurys savent par expérience que les accusés innocents ne négligent pas leurs moyens de défense.

Ce principe admis, il est évident que tous les moyens de contrainte qui ont été si long-temps pratiqués pour forcer les accusés à répondre, pour

leur arracher des aveux, étaient absolument superflus. La torture, en dernière analyse, ne servait qu'à obtenir une chose inutile dans une procédure publique et bien conduite; je veux dire une confession directe de l'accusé : inutile, je le répète, parcequ'elle a son équivalent, soit dans le silence, soit dans la faiblesse des réponses de l'accusé sur les preuves qui sont amenées contre lui.

On me dispensera bien, je crois, dans l'état actuel de l'opinion publique, d'entrer dans une longue discussion sur la torture. Nous pouvons la considérer comme un fléau qui a cessé d'exister, ou qui ne peut pas durer long-temps chez les peuples civilisés dont elle déshonore encore les tribunaux. Je ne veux que retracer sommairement des arguments déjà connus et développés par d'éloquents écrivains. Je jette un voile sur la barbarie des moyens; fussent-ils extrêmement adoucis, ils seraient encore détestables; toute rigueur, même au plus faible degré, appliquée aux accusés dans le but de les forcer à parler, est injuste, superflue et dangereuse.

La torture est employée pour arracher les aveux, à l'effet de suppléer à l'insuffisance des preuves. Dans cette supposition, le crime n'est donc pas prouvé? Que fait le juge? Il ordonne de tourmenter un homme, dans le doute s'il est innocent ou coupable; il le punit sur des soupçons,

pour savoir s'il aura droit de le punir; il le traite pour obtenir la preuve du crime, comme il le traiterait s'il l'avait déjà obtenue.

Ce n'est point cela, répondra le juge; nous avons des preuves; mais avant de mettre un accusé à mort, il faut son aveu : il le faut pour notre entière satisfaction comme pour celle du public. — Mais ce moyen que vous employez pour obtenir cette satisfaction peut-il vous la procurer? Non, il ne le peut pas : ces aveux formels, arrachés par les tourments, laissent pour le moins autant de doute que les aveux virtuels résultant du silence, des contradictions ou des absurdités auxquelles un accusé coupable a recours dans les interrogatoires. Il n'y a donc rien de gagné pour la sûreté du juge. Et ceux qui pensent que la peine de mort est injustifiable sans la confession directe de l'accusé doivent nécessairement conclure à l'abolition de cette peine. Il n'y a point à balancer; il faut l'abolir si on ne peut la justifier que par un moyen si funeste à la justice, si formidable à l'innocence. Superflue sous le rapport de la preuve pour un accusé suffisamment convaincu, la torture a un effet bien contraire au but de la loi pour le criminel dur et robuste, capable de résister à la douleur, et assez attaché à la vie pour la conserver à ce prix; il est assuré de l'impunité finale, et il échappe à une convic-

tion manifeste. — Et quelle est l'espèce de criminels en faveur de qui cette chance est au plus haut degré ? Précisément ceux qui, après leur libération, seront les plus menaçants pour la société, les plus féconds en crimes futurs.

Mais supposez un autre résultat, dont les exemples n'ont été que trop fréquents et trop avérés; supposez que l'accusé soit innocent, et que l'aveu du crime lui soit arraché par la torture, le mal est incalculable; l'atteinte portée à la confiance publique est profonde; l'innocence, la seule sauvegarde sur laquelle on puisse compter, ne paraît plus une ressource assurée. Et voyez quel contraste dans le résultat : la torture n'a point de danger pour le criminel; au contraire elle lui présente un moyen de salut; tout son danger est pour celui qui ne l'est pas. L'erreur, dans ce système, est toute du côté de l'indulgence pour le malfaiteur, tandis qu'elle entraîne la destruction de l'innocent.

Voilà pourtant ce qui a été le fruit d'une seule fausse notion, la notion que l'aveu est nécessaire; et il est bien étonnant qu'elle se soit maintenue si long-temps, quoiqu'on eût sous les yeux l'exemple de l'Angleterre, où cet aveu, loin d'être exigé, n'était pas même reçu, et où cependant la sécurité publique, par rapport à la justice criminelle, était portée au plus haut degré; mais cette sécurité avait pour base une procédure

franche, une publicité entière, et la garantie accordée à tous les moyens de défense.

La torture qu'on a appelée *définitive*, la torture appliquée à un criminel convaincu, pour lui faire avouer ses complices, n'est pas mieux fondée : il peut être certain qu'il a eu des complices, il ne l'est pas du tout qu'il puisse les faire connaître; les plus grandes apparences à cet égard peuvent être trompeuses. Deux brigands peuvent avoir agi sans concert, leur rencontre aura été fortuite, leur liaison momentanée. Les incendies de Londres en 1780 fournissent des exemples mémorables du même crime commis par deux ou plusieurs individus sans aucune complicité antérieure. On voyait dans une même maison deux espèces d'incendiaires absolument distinctes; les uns des fanatiques, les autres des voleurs: les fanatiques n'étaient peut-être pas les moins dangereux, mais il n'est pas naturel de leur supposer des liaisons avec les brigands. Dans un grand nombre de délits politiques, il en peut être de même : s'il n'y a point de complicité, il n'y aura point de révélation; c'est-à-dire il n'y aura point de révélation vraie, car il peut toujours y en avoir de fausses, arrachées par la violence des tourments, par le désir de les abréger : c'est là un danger terrible dont les procédures de la question fournissent plusieurs exemples.

Je me hâte de finir sur ce pénible sujet ; je n'ajoute qu'un mot : c'est que la torture a corrompu la justice et les juges : une fausse garantie a mis long-temps un grand obstacle à l'adoption des seules vraies garanties dans l'administration de la justice criminelle. C'est ainsi qu'en pharmacie une composition inutile ou nuisible, dans laquelle on aurait une grande confiance, empêcherait la recherche et l'emploi du seul remède efficace.

2° Nous arrivons à un cas bien différent, celui d'un témoin qui n'est pas partie dans la cause, qui n'a rien à perdre par son silence, qui peut même avoir des motifs pour se taire, et qui, interrogé par le juge sur des faits à sa connaissance, prend le parti obstiné de ne pas répondre.

Ainsi, d'après la nature du cas, le témoin ne peut pas ignorer où se trouvent certains titres originaux, à quelle époque s'est passé certain acte, quelle est la situation de l'accusé, de quelle manière tel ou tel article de preuve réelle se trouve dans les mains de telle personne, quels sont les individus qui ont concouru à l'acte criminel, etc.

Le délit du témoin réfractaire peut se définir : « un acte de désobéissance à la justice, consistant » dans le refus de révéler un fait, lorsqu'il est » certain que ce fait est à sa connaissance, tellement certain qu'il ne peut le nier. »

Voilà le délit négatif qu'il s'agit de faire cesser ; — mais comment le faire cesser sinon par une peine, ou, à parler plus proprement, par un moyen de contrainte [1] ?

Ces moyens doivent varier selon l'importance du témoignage.

S'agit-il, dans l'enquête, de fournir de nouvelles preuves contre un délinquant déjà connu, déjà entre les mains de la justice, et qu'on ait d'autres témoins : on peut arriver à la preuve malgré le silence de celui qui refuse de parler; le mal est à son moindre terme, et il peut être tout-à-fait nul.

S'agit-il d'un délit dont on cherche l'auteur encore inconnu, et manque-t-on d'indices ou de preuves : le silence du témoin réfractaire est un mal plus grave, puisqu'il peut causer l'impunité d'un ou de plusieurs délinquants.

Entre les moyens de contrainte à employer, il faut exclure tous ceux qui seraient de nature à

[1] Le mot *contrainte* est plus exact dans cette occasion. La peine s'inflige pour prévenir la répétition d'un délit passé, et la contrainte pour faire cesser un délit qui subsiste. La peine, une fois prononcée, dure jusqu'à sa consommation, quelle que soit la disposition du coupable. La durée de la contrainte ne dépend au contraire que du coupable lui-même. Se soumet-il, la contrainte cesse. On ne sait jamais parfaitement si la peine a rempli son but, au lieu qu'on ne peut ignorer si la contrainte a rempli le sien.

produire un mal irréparable : le mal doit cesser, s'il est possible, au moment où cesse la désobéissance. Il faut encore exclure tous ceux qui tiennent à quelque violence corporelle : on irait à fins contraires. L'âme peut se raidir contre la douleur : on excite l'orgueil, et on lui présente l'appât d'un triomphe dans une révolte contre la loi.

Le simple emprisonnement ne suffirait pas toujours : on pourrait se déterminer à souffrir une peine de cette nature par différents motifs; tels que le dépit, le faux point d'honneur, la haine, l'amitié, l'esprit de parti, l'intérêt d'une récompense, etc. Il y a un genre de contrainte dont on peut regarder l'effet comme assuré, l'emprisonnement dans la solitude et les ténèbres, sans autres aliments que ce qui est absolument nécessaire au soutien de la vie ; on livre l'homme à ses réflexions, on lui ôte tous les stimulants de la résistance; la nuit d'un cachot solitaire abat l'orgueil, et la soumission se présente bientôt comme un parti nécessaire.

Si cette contrainte pénale était établie, il ne faut pas croire qu'on eût souvent besoin d'y recourir. Le refus positif de témoigner se montre rarement devant les juges : le témoin involontaire se sert plus volontiers de faux-fuyants; il n'a que trop de moyens de cacher ce qu'il sait, sans qu'on puisse le convaincre. Mais ôtez la

peine légale, et bientôt ce même délit de désobéissance ouverte, qui est aujourd'hui si rare, deviendrait commun.

Cette loi demande bien des précautions. Il faut d'abord limiter cette peine pour la durée; il faut l'assujettir à des règles.

Première condition : que le juge ait la preuve positive du délit, c'est-à-dire de la capacité du témoin de rendre le service qu'il refuse.

Seconde condition : qu'il donne à cet acte toute la publicité possible, et particulièrement que le chef de la justice en soit d'abord informé.

L'oppression dans toutes ses formes aspire à se couvrir du secret; il n'est rien qu'elle redoute autant que le grand jour : le magistrat le plus tyrannique devient modéré, le plus audacieux devient circonspect, dès que, placé sous les regards de tous, il sent qu'il ne peut rendre aucun jugement sans être jugé lui-même [1].

[1] On pourrait citer des cas où la plus grande publicité n'a pas empêché des actes d'injustice; mais cette exception ne peut guère avoir lieu que dans des jugements rendus par un tribunal nombreux. Plus il y a de juges, moins il y a de responsabilité.

CHAPITRE XV.

Mesures à prendre contre la dépérition des preuves.

En parlant de la dépérition des preuves, il se présente d'abord une distinction à faire entre l'objet source de la preuve et la preuve qui en résulte. — Si l'objet source de la preuve périt, il est clair que la preuve qu'on aurait pu en tirer périt en même temps. Mais l'objet peut se conserver dans son caractère naturel et périr dans son caractère de preuve. — Un exemple éclaircira cette distinction. — Dans un cas d'homicide, un habit teint de sang, s'il vient à être lavé, n'en est que mieux conservé comme habit; mais comme source de preuve par rapport au fait en question, il est aussi complètement détruit que s'il l'eût été par le feu.

La même distinction s'applique au témoignage personnel. L'individu proposé pour témoin peut cesser de vivre, mais il peut vivre et n'être plus capable de servir comme témoin, soit par une maladie qui altère sa mémoire ou ses facultés intellectuelles, soit par un changement de lieu qui le soustrait à la justice.

Les moyens à prendre pour prévenir la dépérition des preuves rentrent pour la plupart dans ceux qui ont été expliqués ci-dessus pour assurer leur production. Accomplir cet objet-ci, c'est accomplir l'autre. Dès que la preuve a été exhibée et son exhibition duement enregistrée, on a fait tout ce qu'il faut pour la mettre à l'abri de la dépérition.

Il y a toutefois des cas qui requièrent des arrangements spéciaux, selon que la chose source de la preuve est d'une nature plus ou moins périssable.

Encore une observation générale. Rien n'est plus propre à prévenir la dépérition des preuves que la promptitude et l'expédition dans la procédure ; mais je n'insiste pas sur ce point : quoique cette considération soit très forte, les raisons directes pour éviter tout délai superflu sont plus fortes encore. C'est qu'en effet tout délai étant une injustice, lors même qu'il n'en pourrait résulter aucun danger pour la preuve, la convenance d'éviter cette injustice est une raison suffisante.

Après ces préliminaires, nous pouvons passer aux mesures spéciales qu'on doit prendre en certains cas particuliers pour prévenir la dépérition d'une preuve qui périclite.

1° Accélérer, à raison de ce danger, la cause en question, c'est-à-dire lui donner la priorité sur

d'autres causes qui, dans l'ordre régulier de la routine, auraient eu la précédence.

2° Examiner le témoin en question avant le temps où, dans le cours ordinaire et régulier de la cause, il aurait été examiné.

Cette priorité donnée à un témoin peut être souvent indifférente en elle-même; mais elle peut avoir des inconvénients, et c'est au juge à les comparer avec les avantages. Il n'y aura point en général d'objection à faire contre cette accélération du témoignage, s'il est accompagné de toutes les sûretés requises, si la partie intéressée peut contre-examiner le témoignage.

3° Employer un mode d'examen inférieur en sûretés, au lieu du mode régulier qu'on eût suivi dans le cours ordinaire.

C'est le cas, par exemple, lorsqu'on reçoit un témoignage dans le cas où le témoin ne peut pas être contre-examiné par la partie intéressée, et l'on est réduit à cette option quand le danger est pressant, et que le témoignage serait perdu si on différait de le recevoir sous une forme moins avantageuse.

Tels sont ces délits dans lesquels on recueille toutes les preuves du fait à mesure qu'elles se présentent, avant que le délinquant soit soupçonné, ou avant qu'il ait été mis en état d'accusation légale.

A ce chef se rapportent tous les arrangements relatifs à un corps mort trouvé dans des circonstances qui font supposer un homicide, pour rassembler et enregistrer tout ce qui appartient à la preuve réelle, soit sous la présence immédiate du juge, soit en attendant le rapport de toutes les personnes qui ont eu quelques connaissances du fait.

4° Dans le cas de preuves réelles d'une nature périssable, prendre toutes les mesures que le cas admet pour les conserver dans leur totalité et dans leur caractère de preuves, jusqu'à ce qu'elles aient été présentées au juge.

Les moyens adaptés à ce but étant infiniment diversifiés, il n'est pas possible au législateur de les spécifier en détail. Tout ce qu'il peut faire se borne à une instruction générale.

De tous ces moyens, la séquestration de la chose en main sûre est le plus familier comme le plus efficace; mais il faut observer que la séquestration est souvent accompagnée d'une vexation particulière, savoir la privation temporaire de l'usage de la chose; par exemple, si les scellés sont mis sur un appartement, etc. Le juge ne doit ordonner une telle mesure que dans le cas où la nécessité la justifie.

On peut rapporter à ce chef les mesures qui ont été prises en certaines occasions sous l'autorité des lois pour constater le fait de la gros-

sesse, ou pour s'assurer qu'il n'y aurait point de substitution d'enfant dans le cas où l'enfant légitime serait mort avant ou peu après sa naissance. L'ancienne jurisprudence employait contre cette espèce de fraude un mode de procédure que la délicatesse des temps modernes a fait abandonner. (Law. Writ., *de ventre insipiciendo.*)

Sous la loi anglaise, ce mode d'investigation est encore usité dans une occasion différente, mais toujours pour prévenir la fraude. Si une femme est condamnée pour un délit capital, dans le cas où elle plaide sa grossesse, son exécution est suspendue jusqu'après l'accouchement. Un jury de matrones est nommé pour vérifier le fait par l'inspection des preuves réelles. Une personne du sexe dont la sensibilité est la plus vive a ainsi devant les yeux pour cinq ou six mois toutes les horreurs de la mort, dont un homme en même circonstance est délivré au bout de cinq ou six jours. Cette barbarie s'est arrogée le nom de merci : et son objet est de garantir d'un mal supposé un être insensible pour le faire naître sous l'échafaud de celle qui l'aura porté dans les angoisses d'un long supplice. Prodigues de la mort pour ceux qui sentent ses coups, les hommes expient cette profusion de tourments par leur sensibilité pour des êtres qui ne sentent rien.

5° Dans le cas d'une maladie grave qui ne permet pas au témoin de se transporter devant le juge, prévenir la dépérition de la preuve par l'interrogatoire dans la chambre du malade, avec les précautions indiquées dans le chap. III (Visite par le juge).

6° A ces càs d'interrogatoire extraordinaire et irrégulier on peut joindre celui qui aurait lieu pour *cause d'émigration*. Ce cas peut exiger qu'on s'écarte de la règle ordinaire pour le temps et pour le lieu, selon les circonstances. Car il peut arriver un cas subit où il faille examiner le témoin non seulement avant le temps où l'examen aurait lieu dans le cours régulier des choses, mais encore dans une place éloignée du siége de la judicature; par exemple, dans un port de mer, si le voyageur est sur le point de s'embarquer, ou dans le vaisseau même, s'il est déjà prêt à mettre à la voile.

Dans un tel cas, si, sous peine de perdre le témoignage, l'interrogatoire doit être fait à une période antérieure au commencement du procès pour lequel on en a besoin, la conséquence est que le défendeur n'a pas l'avantage d'y être présent, et que la première des sûretés manque à cet examen.

De là peut naître le danger d'une fraude particulière. La partie demanderesse peut corrompre ou suborner un témoin pour l'engager à émigrer

dans cette vue, c'est-à-dire dans l'intention de le soustraire au cours régulier de la justice, et de le faire interroger d'après ce mode extraordinaire qui ne permet pas à l'autre partie de le contre-examiner, de scruter son témoignage. Un moyen de fraude aussi recherché n'est guère naturel; mais dans des causes d'une grande importance, il n'est pas impossible, et il faut tout prévoir.

Heureusement, dans ce cas comme dans plusieurs autres, indiquer le mal, c'est indiquer le remède; mettre le juge en garde contre une fraude, c'est la déjouer. Le témoignage ainsi rendu avec des circonstances qui en diminuent la valeur, ne sera reçu que comme toutes les preuves d'un genre inférieur auxquelles on n'a recours que par pis-aller.

7° Avant de terminer sur ce chef, il faut encore rappeler ce qui a été dit ailleurs du cas où le témoin n'ayant pas son domicile dans la juridiction de la cour en question, mais dans quelque autre partie du même état, l'interrogatoire de ce témoin ne peut avoir lieu que sous l'autorité d'une autre cour, *foro alio*, ou même dans le cas où il a son domicile dans un pays étranger et ne peut être interrogé que par un juge étranger, *foro alieno*. Dans ces cas, où le juge à qui il appartient de rendre le jugement ne peut pas être présent à l'interrogatoire du témoin, la

preuve ainsi recueillie par tout autre juge n'ayant pas toutes les sûretés du mode régulier, ne peut être considérée que comme une preuve d'un genre inférieur, une preuve par pis-aller, à laquelle on n'a recours que par nécessité, comme un moyen unique pour obvier à un inconvénient aussi majeur que la dépérition d'un article de preuve.

Je conclus par une observation générale. A proportion qu'un cours de procédure est mieux adapté à toutes les fins qu'il doit se proposer, il est aussi mieux adapté au but particulier de prévenir la dépérition des preuves, de les saisir à mesure qu'elles commencent à poindre, de les épier partout, et de prendre l'occasion aux cheveux. Il est également vrai que plus le système de procédure est défectueux par rapport à ses grandes fins, plus il abonde en intervalles d'inaction et de sommeil, si je puis parler ainsi, plus souvent aussi sera-t-on forcé de recourir aux moyens extraordinaires que je viens d'exposer. Dans un bon système, il y a peu d'occasions qui obligent à dévier de la routine ordinaire; dans un mauvais système, il y en a beaucoup.

CHAPITRE XVI.

Des informations anonymes.

Sous le nom de preuve anonyme, on peut comprendre toute information ou tout exposé dont l'auteur n'est pas connu de la personne qui en fait usage dans le caractère de preuve; ou connu seulement comme un homme peut l'être quand on n'a fait que le voir ou l'entendre, et qu'on ignore toutes les circonstances du nom, de la demeure, ou des connexions sociales par lesquelles on peut arriver juridiquement à lui.

Une preuve de cette sorte se présentera naturellement sous la forme de preuve écrite, preuve écrite casuelle. Mais cette circonstance n'est pas absolument nécessaire à l'information anonyme. Des crieurs inconnus, des chuchoteurs inconnus ne sont pas sans exemple. Un mot est dit à l'oreille, et le dénonciateur se perd dans la foule.

Dire qu'une preuve anonyme n'est pas de nature à être employée en qualité de preuve définitive, qu'elle ne peut pas constituer une base de décision, c'est une proposition si généralement reçue, que tout ce qu'on dirait pour l'appuyer pourrait paraître superflu. Mais si la persuasion

générale n'a point eu jusque ici d'autre base que le préjugé, base qui prête même force aux opinions les plus salutaires comme aux plus pernicieuses, si l'on s'est guidé par le sentiment et la passion plutôt que par des vues distinctes et réfléchies, il n'est pas inutile de discuter les véritables raisons sur lesquelles cette proposition est fondée.

La preuve anonyme peut être considérée comme une espèce de preuve casuelle écrite, mais d'une composition particulièrement faible et inconcluante, destituée comme elle l'est de toutes les sûretés qui caractérisent le vrai. La fraude est d'autant plus à présumer que sous le voile de l'anonyme la tentation de mentir n'a point de frein immédiat, ni la crainte des peines légales, ni la crainte de la honte et de la flétrissure dans l'opinion publique. L'accusateur, caché dans les ténèbres, ne redoute ni les révélations d'un complice ni les divers accidents qui trahissent si souvent les crimes secrets. Si un pareil témoignage était jamais reçu comme une preuve définitive, il n'y aurait plus de sûreté pour les innocents; il n'y en aurait que pour les lâches calomniateurs qui voudraient les perdre.

Mais s'il n'y a point de cas où la preuve anonyme puisse servir de base à une décision, n'en est-il aucun où, sans inconvénients, du moins sans

inconvénients majeurs, on puisse en faire usage en qualité d'indice ?

Si l'information anonyme n'avait d'autre effet que de mettre la partie en question en possession d'une source de preuve parfaitement admissible, par exemple, s'il s'agit de vol, en indiquant le lieu où l'on pourra trouver les effets volés, ou en désignant une personne qui pourra, si elle est examinée selon les règles de la procédure, donner un témoignage juridique; dans cette supposition, l'information anonyme peut servir au but direct de la justice.

Mais une question se présente : sur un indice de cette nature, indice si suspect, conviendra-t-il d'entreprendre quelqu'une de ces opérations préliminaires de la procédure, toujours accompagnées de plus ou moins de vexation pour les personnes qui en sont l'objet? Sur ce fondement seul, par exemple, autorisera-t-on des officiers de justice à entrer dans une maison, avec ou sans le consentement du propriétaire, pour y chercher quelque article de preuve réelle, indiqué par l'informateur anonyme? Sur ce fondement seul, un particulier sera-t-il sommé de comparaître en justice, avant qu'on ait de meilleure preuve qu'il est en son pouvoir de déposer sur le fait en question?

Le cas supposé est celui d'un certain inconvé-

nient auquel on donnerait lieu dans l'espérance de produire un avantage supérieur. Il s'agit donc de comparer, entre deux valeurs respectives, celle de l'inconvénient et celle du bénéfice espéré. Le bénéfice au pénal consiste à réprimer un délit; au civil, à protéger un droit : sa valeur dépendra du mal du délit ou de l'importance du droit.

Une telle recherche sur un tel indice ne doit jamais être licite à un individu sans l'autorisation du magistrat. Ce pourrait être, dans des cas d'une bonne foi manifeste, une base d'atténuation, mais tout au plus. Si c'était une justification, un homme n'aurait qu'à s'écrire à lui-même ou à se faire écrire, par un confédéré, une lettre anonyme pour troubler à plaisir la demeure d'un citoyen, et même sans autre objet que de le vexer.

Si, d'une part, il faut peser le mal du délit, de l'autre il faut estimer la grandeur de l'inconvénient. Une sommation de comparaître à une distance d'un ou deux milles pourrait être permise ; à une distance d'une journée de chemin, ce serait trop hasarder.

Prétendre tracer une ligne fixe entre les cas où la permission devrait être donnée ou refusée au juge, ce serait tenter l'impossible. Il est clair que si on lui donnait un pareil pouvoir, la probabilité du fait contenu dans l'information anonyme serait le point principal à considérer.

La convenance d'user de ce moyen dépendrait beaucoup du traitement que la loi ferait à l'informateur anonyme s'il venait à être découvert, et que son accusation se fût trouvée mal fondée. En cas de témérité, il devrait être tenu à une simple satisfaction à la partie lésée ; en cas de mauvaise foi, puni comme pour faux témoignage. Avec cette précaution, dans les cas de crime majeur, trahison, assassinat, incendie, etc., une dénonciation anonyme pourrait être admise comme base d'une action juridique, de celles dont j'ai parlé, visite domiciliaire ou sommation de comparaître, au hasard d'un léger inconvénient.

Mais pourquoi ne pas rejeter tout d'un coup toute information anonyme? Pourquoi? Parce-que vous pouvez sous cette forme recevoir des indices que vous n'obtiendriez sous aucune autre, et que par là vous donnerez force à des droits qui autrement seraient violés, vous redresserez des injustices qui autrement seraient sans remède, vous punirez des crimes qui autrement seraient impunis, vous préviendrez des malversations qui autrement ne seraient point prévenues.

Que sont-ils donc ces cas où les informations anonymes sont les seules qu'on puisse obtenir? Ces cas sont ceux où la connaissance du fait est renfermée entre un petit nombre de personnes qui, en vertu d'une position particulière, garde-

raient toujours le silence plutôt que de faire une communication publique. Les motifs incitants ne sont pas de la même force que les motifs restreignants.

Les motifs qui engagent un individu dans la carrière d'une accusation sont ordinairement l'un ou l'autre des suivants ou plusieurs ensemble.

1° Esprit public, patriotisme, c'est-à-dire la sympathie pour la communauté dont les intérêts paraissent blessés par la conduite de l'individu qu'il dénonce.

2° Bienveillance en général, ou affection particulière pour un individu ou une classe d'individus qu'il veut garantir de quelque acte d'injustice ou d'oppression.

3° Antipathie, avec ou sans cause spéciale, contre un individu ou une classe d'individus dont il voit l'impunité avec chagrin.

4° Amour du pouvoir. Ce principe de la nature humaine qui fait trouver à un homme une jouissance dans le spectacle des effets importants qui résultent de sa volonté et de ses efforts.

5° Amour de la réputation. Désir qui peut trouver une satisfaction éloignée dans le succès de sa dénonciation, malgré le voile dont l'auteur se couvre en première instance.

Quels sont dans le même cas les motifs restreignants les plus ordinaires et les plus forts?

1° Crainte d'une inimitié individuelle. Inimitié de la part de celui ou de ceux qui seraient personnellement offensés par la dénonciation.

2° Crainte d'une inimitié de parti. Inimitié de la part d'une classe d'hommes unis entre eux par un principe quelconque d'affection ou d'intérêt, prêts à faire cause commune contre le dénonciateur.

3° Timidité. Soit la crainte de ne pas réussir et de se compromettre dans l'opinion publique, soit cet embarras, cette répugnance machinale qu'éprouvent beaucoup d'hommes quand il s'agit de faire une démarche publique, de se produire sur une grande scène. Cette timidité est une modification de ce grand principe, l'amour de la réputation, auquel nous avons attribué plus haut un effet tout opposé : la contradiction n'est qu'apparente ; de tous les motifs il n'en est point qui soit aussi sujet à agir contre lui-même : par ce motif un homme publie ses actions, par ce motif un autre cache les siennes. Par le désir de la faveur publique, un auteur se livre dans la solitude aux travaux les plus pénibles ; et par la crainte de n'être pas approuvé, il enfouit ou détruit lui-même ses ouvrages. La timidité est un motif restrictif dont la force est très grande : il exerce en particulier sur le sexe le plus sensible et le plus délicat une influence aussi naturelle qu'heureuse dans ses effets.

Quand je demande quelle conduite on doit tenir relativement aux informations anonymes, ce n'est pas aux particuliers que je m'adresse. Un particulier qui en a reçu de ce genre peut en faire tout l'usage que la prudence paraît lui dicter, et que la loi autorise : il sera assez porté par son intérêt à peser toutes les circonstances du fait, à suivre le fil qu'on lui donne, à remonter de preuve en preuve, et à demander le secours de la justice si le cas le requiert.

Cette recherche ne peut concerner que le gouvernement : c'est par rapport aux départements supérieurs de l'état qu'il importe de déterminer le parti qu'on doit prendre touchant les informations anonymes, et jusqu'à quel point ils peuvent agir en conséquence.

Pour en tirer le plus grand avantage possible, il ne suffit pas que les agents du gouvernement aient pour principe de conduite de les recevoir à mesure qu'elles se présentent et d'en tirer parti dans l'occasion ; il est nécessaire que leur détermination à cet égard soit publique, aussi publique que possible, qu'elle soit connue de tout individu qui, à raison de cette connaissance, peut contribuer à cette source d'information.

Pour donner une idée des avantages qui peuvent résulter de cette mesure politique, et surtout de sa publicité, j'en vais montrer les

effets dans le cas de deux classes très étendues de délits.

La première est composée de tous ceux que les individus peuvent commettre contre le revenu public, compris sous le nom de *contrebande*.

La contrebande est une espèce de délit dans lequel les motifs restrictifs, c'est-à-dire ceux qui inspirent de l'éloignement pour ces informations publiques, agissent avec une force particulière. Tous les contrebandiers de profession forment un corps qui a un intérêt commun ; ils ont des passions communes, et la soif de la vengeance est une des plus ardentes et des plus faciles à satisfaire. On répugnera donc à se mettre avec eux en guerre ouverte et à braver leur inimitié.

Ce n'est pas tout ; tel qui oserait attaquer une ligue aussi formidable en sera détourné par la considération des difficultés: il y a d'abord la perte de temps, c'est-à-dire du temps nécessaire pour aller d'office en office donner des informations, assiéger les bureaux, essuyer des renvois, au détriment de ses affaires personnelles. Mais ce qui est plus décourageant encore, c'est l'in o-lence officielle, c'est la hauteur et le dédain avec lesquels on accueille ceux qui se portent pour dénonciateurs de ce genre de délit: le moindre danger est d'être considéré comme des importuns; leurs motifs sont suspects, leur rôle est odieux,

on dirait que la délation du délit est pire que le délit même. Si enfin le dénonciateur est dans une cour de justice, là il voit partout les signes de la défaveur générale, ses intentions sont soumises au scrutin le plus malicieux, il échappe rarement à l'insulte ; et s'il reçoit la gratification que la loi accorde à ses efforts quand ils sont suivis du succès, cette gratification est plutôt une tache qu'une récompense.

Moins on peut attendre des dénonciations publiques contre ce genre de délit, plus il convient de se ménager la ressource des informations anonymes.

Abus officiels.— C'est-à-dire les divers abus qui s'introduisent dans les offices du gouvernement, judiciaires, administratifs, militaires, les uns préjudiciables à l'intérêt public, à la gestion des affaires; les autres préjudiciables aux individus qui ont à transiger avec ces offices respectifs.

De qui peut-on attendre des informations positives contre ces abus? 1° Des employés subalternes eux-mêmes, qui en sont les témoins et les coopérateurs; 2° des individus qui ont souffert quelque vexation officielle.

Par rapport aux premiers, il est évident que toutes les considérations personnelles réunissent leur force pour les empêcher de se convertir en informateurs publics: une information donnée

par un collègue au préjudice d'un autre collègue est aux yeux du corps entier un acte de perfidie suivi naturellement et presque nécessairement d'une excommunication civile non moins formidable que l'était dans les siècles passés l'excommunication ecclésiastique ; et s'il s'agit de ces abus qui sont le patrimoine de la fraternité entière, quel homme aura le courage de se dévouer à une légion d'ennemis?

Jugez de la tâche d'un informateur déclaré, si la personne principalement compromise dans les abus est un supérieur auquel il doive sa place, ou s'il se regarde comme le protecteur de ceux qu'on lui dénonce. L'informateur serait dans la situation d'un plaideur qui aurait son adversaire pour juge.

Il peut y avoir des inimitiés, des ressentiments qui amènent des informations de ce genre ; mais ces cas, où la passion l'emporte sur toutes les règles de la prudence, sont toujours très rares.

Par rapport aux individus qui souffrent des vexations officielles, le cas d'extorsion peut servir d'exemple de l'usage qu'on peut faire des informations anonymes. Quand un postulant auprès de quelque office comprend que sous le nom de présent, de compliment, de pot-de-vin ou autres synonymes, on attend de lui quelque récompense que la loi n'exige pas, mais sans laquelle son

affaire ne marchera point, il faudrait que la demande fût bien exorbitante pour qu'il fût de son intérêt d'en faire une plainte ouverte : dans le cas le plus ordinaire, il trouve son profit à se soumettre : mais supposé qu'après avoir payé, il envoie une information anonyme ; que fera le supérieur ? il dit au commis : Donnez une liste de tous les présents que vous avez reçus de tel jour à tel autre ; si un seul article est omis, vous serez congédié. Si le présent est avoué, le supérieur le force à restituer ; s'il est nié, l'anonyme est appelé à se déclarer pour prouver l'accusation, et il peut le faire sans crainte, assuré comme il l'est de la protection du chef[1].

Si d'une part le gouvernement admettait ce moyen d'attaque sourde contre les abus, la malversation de son côté ne serait pas oisive ; et sa meilleure défense consistant à décréditer ce genre d'information, on ne manquerait pas de multiplier les dénonciations anonymes, on ne ménagerait personne, on chercherait à fatiguer le gouvernement par des recherches inutiles, jusqu'à ce que, découragé de ces vaines poursuites,

[1] On dira qu'un supérieur disposé à faire justice à un informateur anonyme l'aurait faite également à un informateur déclaré. Cela est vrai ; mais comment le postulant pourrait-il s'assurer de cette disposition du supérieur ?

il prît en même dédain tout ce qui viendrait de cette source.

Le genre de faux auquel ce moyen est nécessairement exposé n'est pas si facile qu'on pourrait le croire ; nous avons déjà vu qu'il devait être soumis à une peine à peu près égale à celle du faux témoignage : or il faut observer que les personnes disposées par ce motif à commettre ce délit, ne pouvant guère déguiser leur écriture, connue de leurs supérieurs, seraient presque dans la nécessité de se confier à des mains étrangères, en multipliant ainsi les dangers de la découverte. Un petit nombre de tentatives de cette espèce ne suffirait pas pour produire l'effet désiré ; et pour les répéter souvent, il ne faudrait rien moins qu'un concert entre un grand nombre de coopérateurs.

Si on voulait consulter les auteurs pour savoir ce qu'ils ont pensé des accusations anonymes, on trouverait qu'ils les ont condamnées de la manière la plus expresse, la plus forte, et sans exception ; et je suis disposé à croire que par rapport aux cas auxquels ils ont appliqué cette censure, elle était généralement bien fondée ; mais les raisons dont ils s'appuient ne s'appliquent pas à l'usage que je propose d'en faire.

Parlez d'informations anonymes, et l'imagination se transporte immédiatement à Venise ;

vous voyez aussitôt la formidable *bouche du lion :* mais à Venise le système de la procédure pénale était secret, par conséquent arbitraire et justement l'effroi de l'innocence. Au milieu de ces ténèbres on ne pouvait pas savoir dans quel mode cette preuve était employée, si c'était simplement comme indicative ou comme définitive; et la seule possibilité qu'elle fût employée dans ce dernier caractère détruit toute idée de justice et tout sentiment de sécurité.

S'il est un pays dont la procédure forme un contraste complet avec celle qu'on suivait à Venise, c'est l'Angleterre. Dans le caractère d'indice, des avis anonymes insérés dans les papiers publics ont souvent servi aux supérieurs à découvrir des malversations de la part des employés subalternes; mais il y a bien de la différence entre un usage accidentel d'un avis anonyme et la détermination connue de les recevoir tous et de les examiner. De grands abus se sont cachés de tout temps dans certains offices publics: dans trois circonstances différentes, le gouvernement est entré en correspondance avec des informateurs anonymes pour obenir des preuves; mais si cette police d'informations secrètes eût été établie et suivie, il est probable que ces abus qu'on cherchait à punir n'auraient jamais existé.

Cette institution ainsi modifiée a pour carac-

tère la douceur et non la sévérité : elle a pour effet non la peine, mais la prévention du délit.

Toutefois, considérant que cette mesure est impopulaire et justement impopulaire, il ne faudrait point l'établir sans y ajouter une notification positive que le seul usage qu'on veuille faire d'une preuve de cette nature est de s'en servir comme d'une clef ou d'un fil pour arriver à une preuve légale, pour engager l'informateur anonyme à se découvrir en lui assurant qu'il sera écouté et en l'invitant à fournir des preuves contre lesquelles il n'y ait point d'objection. On peut ajouter que toutes les imputations générales contre le caractère d'un individu, toutes celles qui ne spécifient point de délit, toutes celles qui ne sont pas établies par des faits, seront rejetées avec le mépris qu'elles méritent.

Les informations anonymes, toujours suspectes, deviendraient rares dans un gouvernement où on aurait su créer un grand esprit public, et honorer le citoyen qui a le courage d'attaquer en face les abus et la violation des lois. Un des grands avantages du gouvernement représentatif est de former une classe de tribuns publics, pour qui c'est un devoir et un honneur de poursuivre toutes les malversations, en même temps que leur position sociale les élève au-dessus des inimitiés privées, ou qu'elle diminue le dan-

ger par la publicité même du service et par la puissance de leur association. Mais même dans les États qui ont ce grand soupirail ouvert à toutes les vérités, on ne doit pas renoncer à ces informations anonymes, qui ont souvent fourni des indications utiles, et ne peuvent pas être nuisibles, si on a pris les précautions que nous avons indiquées.

APPENDICES.

N° I.

Loi anglaise. — De la procédure investigatoire.

Après avoir montré combien le pouvoir d'investigation est nécessaire à la justice, et à quel point cette nécessité est palpable, il ne sera pas hors de propos d'observer l'étendue qu'on lui a donnée dans la jurisprudence anglaise.

Dans la première formation de ce système de procédure, ce moyen de découvrir la vérité en était nécessairement exclus, exclus des deux parts et dans toutes les causes. Une condition indispensable de la procédure investigatoire, c'est l'examen des témoins dans deux différentes occasions; la première a pour objet de découvrir les preuves qui pourront servir de base à la décision, et qui seront présentées pour l'examen définitif. Dans la pratique anglaise, selon sa forme originale, le *trial* [1] étant la seule occasion où l'on pouvait interroger des témoins juridiquement, et ce *trial* étant borné à une seule séance, la brièveté de ce terme excluait abso-

[1] *Trial*. Je suis forcé d'employer ici le mot anglais, pour exprimer une combinaison de choses qui appartient à la jurisprudence anglaise; le terme est intraduisible. Dans le *trial*, la décision de la question de fait, avec l'exhibition préalable des preuves, de tout le corps des preuves, et les observations faites des deux parts sur ces preuves, tout cela est l'ouvrage du même jour, de la même séance. Dans la procédure romaine, dans celle de presque toutes les nations civilisées, l'Angleterre exceptée, l'exhibition et la collection des preuves est l'ouvrage d'une période; la décision, précédée par les observations sur la nature des preuves des deux parts, est celui d'une autre. Une séance d'une cour de justice qui a pour objet d'entendre ces

lument toute possibilité d'examen investigatoire et préparatoire. Telle fut la procédure dans son enfance, un système d'action dirigé vers un but, mais système si imparfait, si dépourvu des moyens nécessaires, que, dans le plus grand nombre de cas, il ne pouvait pas atteindre à ce but.

Peu à peu il s'est introduit dans le système de procédure une sorte de pouvoir qui supplée en partie à ce défaut radical; mais c'est plutôt un effet du hasard que le fruit de la réflexion et du dessein. Ce n'est pas à des hommes de loi qu'on en est redevable; c'est aux juges de paix [1] : depuis qu'ils ont été établis avec de certains pouvoirs, ils en ont graduellement appliqué l'usage à la découverte des preuves.

Quant aux hommes de loi, ils auraient pu écrire pendant des siècles, entasser livres sur livres dans leur genre, sans aller même jusqu'à produire l'idée de la procédure investigatoire, jusqu'à soupçonner qu'il y ait une différence entre celle-ci et la procédure *probationibus cognitis;* et encore moins se feraient-ils une idée de la latitude qu'il convient de donner à ce pouvoir d'investigation, et de l'état faible et inhabile de la loi dans les cas auxquels ce pouvoir ne s'est pas encore étendu.

A la faveur de certains termes généraux dans la vieille formule des commissions de paix, et pour certains délits mineurs distingués par le nom insignifiant de *brèches de paix*, ces juges, agissant seuls et chez eux, établirent peu

observations ou des arguments sur des questions de loi qui naissent de la cause, est ce qu'on appelle une *audience.* A ce mot correspond le mot anglais *hearing.* La cour d'équité, qui n'a point de jury, ne fait pas usage du mot *trial*, et se sert de celui de *hearing.*

[1] Les juges de paix ne sont pas, comme on pourrait le croire d'après ce titre, des hommes de robe ou avocats de profession; ce sont des *gentlemen*, des hommes qui ont de la fortune et de l'éducation, et qui exercent les fonctions de juges de paix dans leur propre demeure.

à peu la coutume de faire paraître devant eux la partie accusée, et surtout à la demande de la partie lésée, à une période antérieure à celle du *trial* et à toute procédure d'une cour régulière. Dans le cas d'une plainte de cette espèce, un juge de paix, quoique sans pouvoir pour punir, avait celui de prévenir la répétition de l'injure en exigeant des sûretés ou cautions de la part du délinquant; et il pouvait de même exiger des sûretés de comparaître de la part de ceux qu'il jugeait capables de donner des informations propres à établir le fait du délit le jour du *trial*. Voilà donc un pouvoir d'enquête par rapport au fait, quoique, en conséquence de cette enquête, on ne pût rien faire de définitif; un pouvoir de rassembler et de recevoir des preuves. Il n'y avait rien qui l'empêchât d'examiner une personne plutôt qu'une autre, pour peu qu'il y eût une probabilité d'en tirer quelque information. Dans le nombre des personnes examinées, tel individu qui n'avait à fournir qu'une information inadmissible dans une cour supérieure en qualité de preuve, pouvait, par ces indices, mettre sur la voie pour arriver à un témoin compétent.

Si son enquête eût été limitée à la durée d'un jour, les lumières qu'il aurait pu obtenir ainsi n'auraient été d'aucun usage; il aurait su où trouver des preuves, mais le temps n'aurait pas suffi. Heureusement le juge de paix n'était point soumis aux règles de cette science judiciaire qui compte pour rien le temps et l'espace, et veut concentrer et finir dans un petit nombre d'heures un travail qui exigerait souvent des jours, des semaines, des mois. On l'a laissé en liberté de suivre les maximes de l'expérience et du bon sens, il n'est point circonscrit pour le temps, il n'y a point de jury à la journée, il n'y a point d'exclusion de témoignage; tout ce qu'il apprend par ces informations, la partie à la suggestion de laquelle il agit l'apprend de même; elle s'attache à la

poursuite avec toute l'activité de l'intérêt personnel, devient le guide naturel de l'enquête, et doit souvent fournir au juge de paix des témoins et des indices qui auraient été perdus s'il n'y avait pas eu un pouvoir immédiat pour les examiner. C'est ainsi que, sans aucun soin de la part des sages de la loi, il s'est formé insensiblement une instruction préparatoire qui a mis les grands juges en état de distinguer la vérité et de rendre la justice dans un grand nombre de cas où, s'ils avaient été réduits à leur propre plan de procédure, le résultat eût été tout contraire.

Ce germe n'exista pas long-temps sans se développer. La maison du juge de paix devint le sanctuaire de la justice, le foyer qui rassemblait les rayons de la vérité judiciaire. L'an 1554, un statut de Philippe et de Marie donna naissance à la pratique d'un examen préparatoire sous le nom d'*examination*. Il s'étendit à tous les délits du rang de félonie, mais il n'alla pas plus loin. Une personne arrêtée pour félonie, avant d'être mise en détention, devait subir un examen devant le juge de paix auquel on l'amenait; le résultat de l'examen devait être mis par écrit et transmis au tribunal chargé du *trial*. Le même statut ordonnait un autre examen, celui des personnes par qui l'accusé était ainsi amené. Maintenant, sans aucun statut, mais en vertu d'un ancien usage, « le juge de paix peut faire amener devant lui, par son *warrant*, tous les autres témoins pour le même objet. »

Le statut ne porte pas dans son préambule les raisons de ceux qui avaient institué ce mode d'examen. Certainement l'un de leurs buts était de prévenir la dépérition du témoignage en cas de décès d'un témoin. Un autre but était peut-être d'obtenir des aveux de la part de l'accusé, selon la pratique de toutes les nations civilisées ou non civilisées sur la face du globe; mais si le législateur eut cette intention, elle a bien été frustrée par ceux mêmes

dont le devoir était de lui donner une pleine efficacité.

Quoi qu'il en soit, la procédure investigatoire étendit son domaine sur une nouvelle branche de la loi, et heureusement sur une branche très considérable.

Cette classe de magistrats, ainsi habituée à chercher la vérité dans toutes les retraites où elle se cache, dut naturellement étendre l'application de cette méthode à tous les cas qui venaient sous leur juridiction. Dans la suite il se fit un nombre considérable de statuts qui leur conféraient, quelquefois à un seul, quelquefois à plusieurs réunis, le pouvoir de prononcer définitivement sur un nombre correspondant de délits, sans parler des causes non pénales. Dans tous ces cas, il ne leur est point défendu de procéder par un examen préparatoire avant d'en venir à l'examen définitif; il ne leur est point ordonné de suivre ce que leurs supérieurs appellent la procédure régulière : ils ne sont point réduits à fonder leur décision sur des preuves incomplètes et fallacieuses. On ne les a pas assujettis à une aveugle routine, et ils sont maîtres d'écouter les conseils de l'expérience et de la raison.

En un mot, à l'exception d'un petit nombre de cas dont je vais parler, tout ce qu'il y a de procédure investigatoire dans toute l'étendue de la loi, est lié avec la juridiction subordonnée des juges de paix.

Il n'y en a donc point dans les cas où ces magistrats n'interviennent pas. On ne l'emploie dans aucune cause de nature non pénale, soit que la scène de l'action se passe dans une cour de la loi commune, soit qu'elle ait lieu dans une cour qu'on nomme *cour d'équité;* même dans les cas pénaux elle n'est pas employée, excepté quand le procès est conduit selon le mode *indictment;* elle ne l'est pas dans les cas où la poursuite est par *information* ou par *attachement.*

J'ai parlé de quelques fragments de cette jurisprudence

qu'on trouve çà et là dispersés dans la pratique de la loi commune et de l'équité. On peut les rassembler sous deux chefs, *inspection* et *découverte*, et ils sont tous compris sous ce qui est appelé dans les livres des hommes de loi *motions pour inspection*, et *bills de découverte.*

Si le système de procédure était l'ouvrage d'un seul individu qui eût agi en qualité de législateur et qui fût responsable de ses imperfections, ce qu'on appelle *bill de découverte* suffirait pour le convaincre ou de l'improbité la plus manifeste, ou de l'incapacité la plus grossière.

La loi commune, ainsi qu'on l'a vu plus haut, refusant toute aide à la justice pour l'enquête des preuves, on n'a eu d'autre recours qu'au pouvoir que s'était attribué, dans un temps comparativement moderne, la cour qui se nomme elle-même cour d'équité. Une demande faite à cette cour ayant pour objet la découverte des preuves, est en conséquence nommée *un bill de découverte.*

Quand l'individu dont on requiert une information n'est pas partie au procès, la demande ne peut être accordée : rien de ce qu'on appelle découverte, découverte préparatoire, ne peut s'obtenir par lui, eût-il la preuve dans ses mains, eût-il même la preuve écrite, l'acte qui sert de base à votre réclamation. Vous devez commencer votre procès, porter votre action devant la loi commune, *filer* votre bill en équité, vous soumettre à toute cette vexation et cette dépense avant que vous sachiez s'il sera en votre pouvoir d'obtenir la preuve nécessaire pour vous appuyer. Après un certain nombre de mois ou d'années consumés dans ce combat commencé par le bill, vous obtenez enfin une sommation adressée au possesseur de l'acte, lui enjoignant de le produire; s'il est disposé en votre faveur, il le produit en conséquence; s'il est contre vous, ou, ce qui revient au même, s'il est pour votre adversaire, que fait-il? Avant

que la sommation lui arrive, il a tout loisir de vider ses mains; l'acte n'existe plus ou n'est plus en sa possession, et vous perdez votre cause.

Le seul cas où l'équité puisse vous aider à faire la découverte des preuves à temps pour en tirer parti, c'est celui où l'individu dont on veut réclamer le témoignage est une des parties plaidantes; mais dans ces cas-là même les cours de justice se sont lié les mains, et refusent toute assistance de ce genre quand la demande renferme quelque chose de pénal ou nominalement pénal dans ses conséquences.

Voilà où se borne tout ce qu'on peut obtenir des cours d'équité en fait de procédure investigatoire. Dans la classe la plus nombreuse des causes, elle n'accorde rien, absolument rien. Là où elle vous accorde quelque secours, ce n'est qu'après des mois et des années consumés à obtenir la même espèce d'information que le magistrat sans science, le juge de paix, obtient chaque jour, en moins d'une heure, sous une forme aussi bonne que l'autre est mauvaise, sans frais, tandis que le remède accordé par la cour d'équité est à un prix qui le rend inaccessible aux uns et ruineux aux autres.

Quand, siècle après siècle, on voit une succession de grands juges, de personnages décorés de science et d'honneurs, employer des mois, des années à faire, et souvent très mal, le même genre d'ouvrage qui est fait sous leurs yeux dans l'espace d'une heure, et toujours bien fait, par des hommes sans science, peut-on concevoir qu'une comparaison qui se présente d'elle-même ne fasse jamais d'impression sur eux? et si on considère que le même ouvrage, si bref dans l'étude d'un juge de paix, si long dans la cour du chancelier, est ici accompagné de frais qui vont tous au profit du chef, de ses officiers et de ses frères de profession, ne faudra-t-il pas un effort de candeur pour n'attribuer de semblables effets qu'aux préjugés et à l'indifférence?

Considérant que la procédure d'investigation, au lieu d'un seul témoin interrogé dans le *trial*, en suppose plusieurs examinés dans une ou plusieurs séances préparatoires, d'une durée incertaine, un avocat de profession saura tirer grand parti de ces délais et de la lenteur comparative de la procédure en d'autres contrées, pour tourner en perfections tous les démérites du système anglais, et conclure avec un air capable et satisfait que toute réforme serait mal fondée. Malheureusement pour son argument, tout triomphant qu'il est, il ne faut qu'un simple appel à l'expérience pour le confondre. Les causes dans lesquelles la procédure investigatoire a été admise sont précisément celles qui se terminent le plus promptement; celles de félonie commencent et finissent dans le même jour. Au contraire, les causes dans lesquelles on refuse de l'admettre, les causes d'équité, sont précisément ces procès héréditaires qui, comme la goutte et d'autres maux, se transmettent de génération en génération, remplissant d'amertume toute la coupe de la vie. Enfin, avec le temps, mais non pas le temps seul, le procès arrive à sa fin. Il est jugé, voilà ce qu'on sait; bien jugé, qui peut le dire?

Quand on a eu clairement et distinctement pour objet d'instituer une enquête, une procédure investigatoire, que fait-on? On nomme une cour particulière, ou un comité sous le nom spécial de comité de recherches, comme si c'était seulement dans tel ou tel cas particulier qu'on eût besoin que la vérité fût mise en évidence.

D'autres et de fréquents exemples de cette procédure investigatoire se trouvent dans ces comités inquisitoriaux nommés par les deux chambres du parlement, mais plus souvent par celle des communes. Leur objet est quelquefois préparatoire pour un acte de législation, et quelquefois pour un acte de judicature. Mais dans ce dernier cas le comité qui a fait l'enquête n'est point chargé du dernier examen dont résulte

la décision. Si la chose est d'une nature pénale, le procès recommence tout de nouveau, soit sous la forme d'*impeachment*, soit par l'avocat général devant les cours ordinaires, soit enfin que la chambre elle-même reprenne l'instruction, entende les témoins et prononce elle-même, comme dans les cas de violation de privilége, où elle exerce une juridiction immédiate.

Dans la procédure française je ne trouve rien qui empêche le juge de faire usage des preuves imparfaites, en qualité d'indices, pour arriver à des preuves d'une meilleure espèce. Le temps pour examiner et recevoir les preuves n'étant pas, comme en Angleterre, renfermé dans l'espace d'un jour ou d'une portion de jour, mais susceptible de toute l'étendue que la justice peut demander, les preuves peuvent se succéder l'une à l'autre dans l'ordre de leur génération et de leur enchaînement.

Mais entre ces deux fonctions auxquelles un lot de preuves est applicable, les unes servant de base à la décision, les autres ne servant qu'à la découverte des preuves définitives, je ne vois pas dans la jurisprudence française une ligne de démarcation bien tracée. Cette distinction est parfaitement claire; mais toute claire qu'elle est, je ne la trouve chez les Français ni dans le langage de leur loi, ni dans la conduite de leurs hommes de loi. J'observe bien que la preuve par ouï-dire a été duement signalée par eux comme étant trop faible pour servir de base à la décision; mais je ne trouve point que sa grande utilité comme preuve indicative ait été jamais clairement énoncée dans leurs écrits. Ils n'ont pas même un terme pour en désigner l'usage. Toute faible qu'est cette preuve par ouï-dire, elle passe avec les autres, elle fait partie du corps des dispositions, elle entre dans le budget du juge. Quant à la valeur qu'il lui donne, grande, ou petite, ou nulle, c'est ce qui dépend absolument de lui.

Dans le procès des Calas, j'observe que des ouï-dires du cinquième degré sont reçus et mis sur la même ligne que des témoignages immédiats. Je vois bien qu'on en a fait l'objet d'un reproche; mais ce reproche, sur quoi tombe-t-il? on ne blâme pas les juges d'avoir reçu ce genre de preuves; on les blâme d'y avoir donné de l'attention. On ne dit pas qu'ils auraient pu en tirer parti comme preuve indicative, et s'en tenir là. La juste valeur de ce moyen ne paraît pas connue; et quand on examine avec attention toute cette procédure (et beaucoup d'autres), on ne voit pas que ceux qui la dirigent aient dû procéder de chaînon en chaînon, s'attacher à chaque rapport jusqu'à ce qu'on pût arriver au témoin immédiat ou qu'on eût découvert la fausseté de Pierre ou de Paul.

Aussi n'est-ce pas la procédure française qui m'a suggéré l'idée de cette distinction entre les preuves indicatives et les définitives. Je l'ai puisée dans la procédure anglaise. Dans les différents tribunaux qui ne sont pas compétents pour prononcer une décision finale, j'observais qu'on y rassemblait beaucoup de preuves. Une partie était conservée et employée dans les tribunaux supérieurs, en qualité de preuves définitives; l'autre partie était laissée en arrière, et on n'en faisait aucun usage [1], c'était le *caput mortuum* de la procédure. C'est qu'on envisageait toute cette portion comme ne devant plus paraître, ne devant plus être écoutée aussitôt qu'on en avait tiré le seul service qu'elle pût rendre, celui de conduire à la découverte des preuves immédiates, de celles qui pourraient servir de base à la décision.

[1] Dans les cas des examens préparatoires pris par les simples juges de paix, ils n'imposent obligation de paraître au jour du trial qu'aux témoins essentiels. — Dans le cas des investigations conduites par des comités de la chambre des communes, ou dans les autres comités de recherches, il en est de même, on ne s'arrête qu'aux témoignages qui peuvent être reçus définitivement.

APPENDICE N° II.

Sur les taxes judiciaires.

Le point de perfection dans la judicature serait d'obtenir une décision conforme à la loi, en réduisant au *minimum* les frais, les délais et les vexations des parties. Le développement de ces objets ne pouvait pas se trouver dans le Traité des preuves : il appartient à l'organisation judiciaire et à la procédure. M. Bentham en a posé les principes dans un ouvrage admirable par l'analyse et la profondeur, mais trop concis et trop difficile à lire, et qui présente un mélange continuel de théorie et de critique. Il le fit à l'occasion d'un projet de loi pour le règlement des cours de justice en Écosse. Il est intitulé *Scotch Reform*. Comme les principes ne s'y trouvent qu'avec une application particulière à la judicature d'Écosse et d'Angleterre, il y aurait beaucoup à faire pour les dégager de cette forme mixte et en tirer un système général qui pût servir à toutes les législations.

Par rapport aux frais des procédures, ce mal si grave et si contraire aux fins de la justice, l'auteur présente plusieurs moyens de les réduire; et d'abord tout ce qui tend à diminuer les délais, tend par cela même à diminuer les vexations et les dépenses; mais il est une branche considérable de ce mal qui est de la création positive des gouvernements; c'est la fiscalité qui est venue porter son odieuse association dans tous les actes de la justice; à chaque pas qu'un malheureux plaideur fait dans ce sanctuaire, il faut qu'il achète le droit de protection par un tribut qui n'était pas dans l'intention

primitive du législateur, et qui met hors de la loi celui qui n'a pas la faculté de le payer.

Déjà, en 1793, M. Bentham ayant vu qu'on proposait au parlement une augmentation des taxes judiciaires, publia une brochure intitulée *Protest against law taxes*, dans laquelle il développa de la manière la plus forte l'injustice de cet impôt. Depuis cet écrit la question est jugée; personne en Angleterre n'oserait défendre ce mode de taxation; mais rien n'a changé dans la pratique. Quelle en est la cause? on le verra dans l'extrait suivant.

Cette *protestation* est écrite dans un style populaire, énergique, quelquefois véhément. L'argumentation est vive, éloquente, très serrée, mais poussée à toute rigueur dans ses conséquences. On m'aurait accusé d'exagération si j'avais traduit littéralement. M. Bentham écrivait pour l'Angleterre, où ces taxes sont portées à un abus extrême; j'écris principalement pour la France, où le mal n'est pas encore aussi grand. Il y a une différence essentielle à cet égard entre ces deux jurisprudences : en France la partie publique poursuit presque tous les délits et se charge des frais; en Angleterre la partie publique ne poursuit que dans un petit nombre de cas; la poursuite est l'affaire des individus lésés; et dès lors les taxes judiciaires opèrent en double sens; elles détournent d'un côté les parties lésées d'entreprendre une plainte onéreuse, et de l'autre elles donnent un encouragement indirect aux délinquants. Dans les affaires civiles, les frais des procureurs et des avocats étant déjà excessifs, les taxes judiciaires deviennent une surcharge qui doit produire très souvent tous les effets que M. Bentham décrit avec une force qui paraîtrait exagérée hors de l'Angleterre.

J'aurais voulu joindre à cet écrit le tableau des taxes judiciaires, telles qu'elles existent en Angleterre, en France, en Russie, en Allemagne. Cet état comparatif exciterait

peut-être une salutaire émulation pour une réforme si désirable dans ce genre d'impôt. J'invite ceux qui peuvent fournir ces renseignements à les consigner dans quelque ouvrage périodique de jurisprudence.

Les *actes judiciaires* sont devenus, chez toutes les nations modernes, un objet de finance; on les a soumis, au moyen du timbre ou de l'enregistrement, à des taxes qui se sont multipliées d'autant plus qu'elles se lèvent sans contrainte apparente, que la loi s'exécute d'elle-même, et qu'il n'est pas possible de la frauder.

Nous devons examiner quelle est la vraie nature de ces taxes, sur qui elles sont assises, dans quelles circonstances elles sont levées, et ce qui en résulte pour l'administration de la justice.

Les individus, relativement à ces taxes, doivent être distingués en deux classes, ceux qui peuvent les acquitter, et ceux qui ne le peuvent pas. Par rapport aux premiers, nous verrons qu'elles sont plus onéreuses que toute autre espèce d'impôt; par rapport aux derniers, qu'elles sont équivalentes à un déni de justice.

Le premier vice radical des impôts sur les procédures est de tomber sur un individu à l'époque même où il est le plus probable qu'il n'est pas en état de les acquitter. Le moment où une partie de sa propriété plus ou moins considérable est injustement détenue ou saisie, est celui qu'on choisit pour lui demander une contribution extraordinaire. C'est dans le cours d'un procès qui arrête son industrie, qui suspend ses revenus, qui lui ôte au moins pour un temps des ressources sur lesquelles il avait compté; c'est lorsqu'il gémit sous la main d'un oppresseur, d'un spoliateur, que les gardiens de l'innocence lui font payer à chaque pas les actes par lesquels il cherche à maintenir ses droits ou à y rentrer. Tous les impôts doivent être assis sur l'abondance, ou du

moins sur l'aisance. Le caractère de ceux dont nous parlons est de porter *sur la détresse*.

Ce n'est pas même dire assez : il y a des cas, et en grand nombre, où on les a fait porter sur une détresse évidente et sur une détresse extrême; par exemple, sur tous les actes de juridiction non contentieuse, qui concernent des mineurs, des interdits, des successions vacantes, des *faillites;* bien plus, le jugement rendu, lorsqu'il est question d'exécuter sur les meubles d'un débiteur insolvable, le fisc vient entrer en part avec le malheureux créancier!

Une taxe sur le pain ne serait pas regardée comme une taxe d'une bonne espèce; toutefois, l'effet qui en résulte n'irait qu'à diminuer pour le pauvre la quantité de pain qu'il peut se procurer : au lieu d'une livre entière, déduction faite de la taxe, il aura quelques onces de moins. Le pauvre plaideur ne peut pas obtenir la moitié d'un papier timbré comme le pauvre ouvrier peut obtenir la moitié d'un pain. Demi-justice, si on pouvait l'avoir, vaudrait mieux que point de justice; mais la taxe est inexorable comme indivisible : tout ou rien; on compose avec le marchand de pain; on ne compose pas avec le marchand de justice.

Ce n'est pas tout : les autres impôts sont connus d'avance; c'est une charge à laquelle on s'attend, et l'on s'arrange pour y pourvoir. Mais par rapport à cet impôt il est impossible de prévoir le moment où l'on sera dans le cas de le payer; c'est une charge toujours imprévue, une aggravation d'une calamité accidentelle contre laquelle personne ne songe à se prémunir. On n'assied pas un impôt sur une grêle, sur un incendie, sur un naufrage; et cependant cet impôt serait moins absurde, parcequ'au moyen des *assurances* on pourrait, avec une légère prime, s'*assurer* même contre l'impôt. Dans le cas d'un procès à intenter ou à souffrir, on n'a pas, on ne peut pas avoir la ressource d'un bureau d'assurance.

Cet impôt sur une calamité imprévue, si fâcheux pour ceux même qui sont en état de l'acquitter, est encore plus cruel pour ceux qui ne le peuvent pas; il n'est rien moins à leur égard qu'un *déni total de justice*.

La justice est la sauve-garde que la loi nous donne ou nous promet pour tout ce qui a une valeur à nos yeux, pour nos propriétés, notre liberté, notre honneur, notre vie. Si la justice est le bien qui renferme tous les autres, le déni de justice est par conséquent un mal qui comprend tous les maux : perte de la fortune, perte de l'honneur, perte de la liberté, perte de la vie, tous ces maux, séparément ou ensemble, peuvent en être le résultat.

Mettre hors de la loi est un moyen extrême de rigueur. On met hors de la loi ceux qui se soustraient à la juridiction des tribunaux. Par les taxes sur les procédures, on met hors de la loi ceux qui ont le plus grand besoin des tribunaux et qui les implorent.

L'homme d'État y pense-t-il, lorsqu'une loi de finance à la main, il dépouille de la protection légale, non des fugitifs, non des coupables, mais des innocents qui ne sont pas même suspects, et seulement parcequ'ils sont trop pauvres pour payer le prix dont on fait dépendre le service de la justice.

Quel contraste! quelle inconséquence! le législateur, dans l'établissement des lois, protége également tous les intérêts; il veut que tous les droits soient respectés, que toutes les propriétés soient sacrées; il couvre de la même égide la chaumière du pauvre et le palais du riche; il institue des juges, il leur donne une grande dignité, pour en faire des arbitres plus impartiaux entre toutes les conditions sociales; il ouvre indistinctement à tous le sanctuaire de la justice; et par cette égalité devant la loi, il donne aux plus faibles une consolation et une sauve-garde contre les inégalités nécessaires de rang et de fortune.

Eh bien! ce même législateur, dans l'établissement des impôts, et pour obtenir une méprisable somme d'argent, contredit son plan, dément ses promesses, rend les tribunaux inaccessibles à ceux qui ne peuvent pas payer le droit d'entrée, et sanctionne un odieux privilége en faveur de l'opulence contre la faiblesse et la pauvreté.

Supposer cette intention à ceux qui font de telles lois, ce serait les calomnier d'une manière absurde. Tout ce mal se fait sans réflexion comme sans remords.

Les riches, outre les moyens de la loi, ont bien d'autres ressources pour se mettre à couvert des injures : ils ont pour eux l'influence naturelle de la richesse, l'influence de leur rang et de leur situation, le pouvoir attaché à des liaisons nombreuses, la supériorité de l'intelligence et de l'éducation; tous ces avantages se tiennent entre eux; mais le pauvre n'a qu'une ancre de salut, la protection de la loi, et le voilà privé de cet unique appui par un acte même du législateur.

Qui le croirait? il y a une troisième classe de personnes affectées par ces impôts, plus malheureuse encore que les deux premières. Je veux parler de ceux qui, ayant pu les acquitter au commencement d'un procès, et pendant une partie de sa durée, faute de pouvoir prolonger le sacrifice, sont forcés d'abandonner leur cause, après avoir épuisé leurs moyens. Ce malheur est plus fréquent selon que le procès est plus compliqué, qu'il survient des incidents inattendus, et que le système de procédure offre plus de prise à la chicane, aux délais et aux vexations juridiques.

Des cas de cette nature sont d'autant plus révoltants que la justice semble avoir tendu un piége à l'infortuné plaideur. Elle l'accueillait pendant qu'il offrait une pâture à l'avidité du fisc; elle le repousse lorsqu'il n'y a plus de substance dans le squelette qui est sorti de ses mains.

Les partisans de ces taxes allèguent deux raisons, qu'ils regardent comme pleinement suffisantes pour les justifier.

« 1° Les frais d'un établissement, dit-on, doivent porter » sur ceux qui en retirent le bénéfice. Les membres de la » société qui, étant attaqués dans leurs droits, y sont rétablis » ou maintenus par les tribunaux, doivent naturellement » payer pour ce service immédiat. »

Le principe est incontestable, mais il ne s'applique point au cas en question. L'administration de la justice est pour l'avantage général de la société, elle est la sauve-garde de tous. Celui qui jouit paisiblement de ses propriétés et de ses droits lui est redevable à chaque instant de cette jouissance non interrompue. Au contraire, par rapport à celui qui est troublé dans sa possession, soit par un agresseur inique, soit à raison d'une loi obscure, la protection de la justice a été moins efficace; elle pourra le sauver, mais il n'en aura pas moins souffert. Sans compter les inquiétudes, les angoisses qui accompagnent les procès, combien n'y a-t-il pas de perte de temps, de dérangements dans les affaires, de frais indispensables, même sous les systèmes de procédure les moins imparfaits! Peut-on comparer ces deux états, l'un d'une possession pleine et tranquille, l'autre d'une possession disputée et précaire, et en tirer la conséquence que celui qui jouit le moins du bénéfice commun doit supporter une charge de plus? A ne consulter que le principe de l'équité, loin de soumettre le plaideur innocent à une contribution extraordinaire, le public lui devrait une indemnité, sauf son recours sur l'injuste agresseur; et la seule objection contre ce dédommagement (objection malheureusement décisive), est le danger de faire naître des procès insidieux, des collusions frauduleuses.

La justice est à l'état civil des citoyens ce qu'est la force militaire à la sûreté extérieure; les plaideurs sont les enfants

perdus dans la guerre du barreau. Faire porter sur eux les frais de l'administration judiciaire, en addition à toutes les peines d'un procès, c'est, dans le cas d'une invasion hostile, forcer les habitants de la frontière à servir pour rien, et de plus à payer les frais de la guerre.

Le second argument en faveur des taxes judiciaires est tiré de leur « tendance à *diminuer le nombre des procès*, ou, » selon les termes qu'on emploie ordinairement, à réprimer » l'esprit processif. »

Cet argument, qui a trouvé plus d'approbateurs que le précédent, requiert un examen plus étendu.

Le mot *procès* est pris dans deux sens; dans un sens neutre, il n'exprime que l'exercice irréprochable d'un droit essentiel; dans un mauvais sens, il exprime un genre d'abus dans l'exercice de ce droit.

Dans le premier sens, les taxes sur les actes judiciaires ne peuvent jamais avoir été recommandées comme un moyen de réduire le nombre des procès : avouer une pareille intention, ce ne serait ni plus ni moins qu'énoncer le désir d'un déni de justice.

Le mot *procès*, pris dans une acception défavorable, implique tantôt l'idée d'une cause *mal fondée*, tantôt celle d'une cause *frivole;* et ceux qui parlent de l'avantage des taxes pour réduire les procès ont ces deux sortes de causes en vue.

Qu'on puisse, au moyen des taxes, prévenir des procès bien ou mal fondés, c'est une chose incontestable. Mais ont-elles une tendance à prévenir les procès de mauvaise foi? non; au contraire, elles ne peuvent que les encourager. C'est une arme de plus qu'elles donnent au plaideur frauduleux.

Examinons d'abord un demandeur qui intente une cause dont il connaît l'injustice. S'il n'y avait point de frais néces-



saires avant le jugement rendu, il aurait peu de prise sur sa partie adverse pour la tourmenter; il serait peu tenté d'entreprendre une affaire dont il est probable que l'issue lui sera défavorable; mais la loi fiscale vient au secours de sa malice ou de sa cupidité. Est-il riche, le procès est un luxe que sa fortune lui permet; il a choisi sa victime, il joue avec son superflu contre le nécessaire étroit du défendeur; il peut calculer le moment où il le forcera à se soumettre à une demande injuste, ou du moins à transiger sur ses droits, à en sacrifier une partie. Jouissance et peut-être triomphe de l'oppresseur, désolation et ruine de l'opprimé, voilà les effets désastreux de ces impôts dans la proportion de leur nombre et de leur quotité.

Par rapport au défendeur de mauvaise foi, s'il n'y avait point de frais de justice, il aurait encore, il est vrai, des motifs pour se refuser à une demande légitime, mais le plus puissant de tous cesserait d'exister. En effet, qu'est-ce qui rend sa résistance opiniâtre? il connaît l'état du demandeur, il sait que celui-ci ne peut commencer sa poursuite sans payer, et qu'il hésitera long-temps avant de franchir cette barrière. Le procès est-il intenté, il ne se continue qu'en payant, les frais se renouvellent sans cesse; le défendeur frauduleux s'aperçoit que l'activité de l'attaque se ralentit, que sa partie adverse donne des signes d'épuisement : il se gardera bien de se rendre; l'assiégeant commence à manquer de munitions : il sera bientôt réduit, malgré son bon droit, à faire une retraite honteuse.

Que l'on considère maintenant tous les motifs communs qui produisent l'obstination d'un détenteur injuste : — la mauvaise volonté, d'avarice ou d'humeur, — la difficulté de satisfaire à ses demandes, — l'espoir de voir le demandeur échouer par quelque défaut dans ses preuves, — l'attente de quelques incidents heureux, comme la mort de la partie

adverse, ou celle d'un témoin nécessaire; n'en voilà que trop. Faut-il y ajouter la probabilité de lasser un malheureux demandeur par des frais de création fiscale, au point de le réduire à l'abandon de son droit?

Qu'on n'imagine pas que ce sont là des scènes de roman. Ces évènements se représentent tous les jours dans la carrière de la procédure. Il est vrai qu'indépendamment des taxes judiciaires, beaucoup d'autres frais contribuent à produire le même effet; mais le législateur doit-il aggraver un mal, parcequ'il ne pourrait pas le faire entièrement cesser?

L'autre branche de procès qu'on prétend élaguer, ce sont les procès *frivoles*, les procès pour des bagatelles.

Quand on parle de procès injuste, je sais ce qu'on veut dire; quand on parle de procès frivole, je ne le sais plus. Est-ce un tort léger à vos yeux que vous appelez ainsi? mais il ne l'est pas, sans doute, aux yeux de celui qui en demande justice. Avez-vous le droit de mettre votre sentiment à la place du sien, de vouloir que votre manière de penser soit la sienne? Tel tort qui n'est rien pour un individu est d'une grande importance pour un autre. Il faut, en appréciant une injure, faire entrer en ligne de compte le danger de sa répétition et celui de l'exemple : il n'y a point de tort si léger qui ne puisse, en se multipliant, devenir intolérable. Dites-moi le point où doit cesser la protection de la loi? Si un homme peut me donner impunément une chiquenaude à son plaisir, je suis son esclave; s'il peut me prendre un denier, il trouvera, denier par denier, le fond de ma bourse.

Dans les causes pécuniaires, plus la somme en dispute est petite, moins on est scrupuleux à appliquer ce reproche de frivolité; mais qu'est-ce qu'une somme grande ou petite? ce terme n'est-il pas uniquement relatif aux circonstances de la partie intéressée? son montant en livres, sous et deniers ne signifie rien. Le revenu d'un individu peut être cent fois,

mille fois, dix mille fois celui d'un autre. Le pauvre ouvrier qui réclame un franc demande son nécessaire; l'opulent rentier qui en réclame mille ne demande que son superflu.

Les procès réputés frivoles, qu'ils le soient ou non, n'exigent point de précautions factices pour les prévenir. Eût-on supprimé tous ces frais fiscaux, il y a d'autres obstacles, d'autres freins qui opèrent dans le même sens, et qui n'ont même que trop de force. La crainte de ne pas réussir, la crainte des embarras, de la perte du temps, des comparutions personnelles, des dépenses inévitables, tout cela ne retient que trop la plupart des individus, et les engage à souffrir bien des torts avant de se plaindre. Cela est vrai, surtout pour la classe la moins aisée de la société. Prenez les personnes qui vivent d'une petite industrie, parlez-leur de poursuite, de procès, vous leur faites peur; leur ignorance se joint pour les effrayer à toutes les causes que j'ai indiquées; ils se résignent à des pertes, à des injustices, plutôt qu'à commencer une procédure, surtout contre un homme riche et puissant. A toutes ces difficultés qui les repoussent des tribunaux, faut-il encore joindre des taxes, dont l'avance leur est toujours onéreuse et souvent impossible?

En parlant de causes frivoles, je ne dois pas oublier une observation qui n'a besoin que d'être présentée pour être sentie. Je veux supposer l'objet en litige aussi peu important qu'on le voudra; mais enfin par la supposition, le demandeur a lieu de se plaindre, et si c'est un tort à lui de demander une satisfaction, le tort de celui qui la refuse n'est-il pas plus grand encore? Si la demande est juste, pourquoi n'y acquiesce-t-il pas? Si elle est juste, mais frivole, pourquoi la conteste-t-il? Si vous accusez le premier d'un esprit processif, de quoi accusez-vous le second? Si la taxe est un frein contre une poursuite blâmable, n'est-elle pas un encouragement pour un refus plus blâmable encore?

Ce n'est donc que par une suite de méprises qu'on a pu croire que les taxes judiciaires étaient propres à prévenir des procès : elles ont une tendance à multiplier les procès injustes, les seuls qu'il serait bon de prévenir. Entre les mains des plaideurs frauduleux, elles sont un instrument d'oppression et un moyen de succès.

Si l'on voulait sérieusement prévenir les procès de mauvaise foi, il faudrait traiter ce genre de délit comme tous les autres, distinguer l'innocent du coupable, observer les divers degrés de faute, ne pas confondre la témérité et la malice; avant de punir, il faut que l'offense soit constatée, que les frais de la procédure, autant qu'il est possible, ne soient payés qu'après sa conclusion. Si à la fin vous trouvez qu'une des parties soit blâmable, vous lui en ferez supporter le poids, et à elle seulement. Vous proportionnerez les dépens aux nuances du blâme; ainsi tout homme qui entame ou soutient un procès, avec la conscience de son injustice, saura qu'outre sa condamnation sur le fond de la cause, il doit s'attendre à une peine pécuniaire, soit en forme d'amende, soit en forme de taxe sur tous les actes qui auront servi de pièces au procès.

Avant de terminer cette discussion, je dois exposer plus en détail les causes qui ont pu procurer à ces taxes judiciaires une approbation si facile et une extension si considérable dans quelques États.

Les deux arguments allégués en leur faveur et dont j'ai démontré la fausseté, ont moins servi de motif pour les établir que de prétexte pour les justifier.

Une cause qui a pu contribuer à les faire adopter si généralement, c'est qu'on les a confondues avec d'autres taxes qu'on lève au moyen d'un timbre ou d'un enregistrement, et qui, dans certains cas, ont tout le mérite que des taxes peuvent avoir. Les unes portent sur des objets de luxe,

comme les dés ou les cartes à jouer, et on ne les paie qu'autant qu'on veut les payer; d'autres, qui sont relatives à divers contrats, ne sont pas, il est vrai, *optionnelles*, mais au moins on n'est appelé à les payer qu'au moment où on a la faculté de le faire. Les droits de timbre ont de plus l'avantage d'être difficiles à éluder. Rien de plus différent dans leurs conséquences que des taxes sur la procédure, et ces taxes sur des objets de luxe ou sur des contrats; mais des observateurs superficiels se sont laissé tromper par une ressemblance matérielle : le papier timbré constitue souvent un bon impôt; les taxes judiciaires se lèvent par le moyen du timbre, donc elles sont bonnes, etc. Mais une cause qui a eu bien plus d'influence sur l'adoption de ce moyen fiscal, c'est le peu de résistance et de réclamation de la part du public. Des impôts sur les consommations tombent sur une multitude d'individus, qui se réunissent aussitôt pour s'y opposer. Un impôt qui ne porte que sur une classe d'individus, mais sur une classe déterminée, par exemple sur les domestiques, sur les boutiques, sur les voitures, excite au premier moment l'attention et les clameurs des intéressés. Le ministre des finances est sûr que sa loi sera discutée, et qu'il aura à lutter contre une opinion plus ou moins puissante. Des taxes sur les procédures n'ont point pour lui cet inconvénient. Les plaideurs ne forment point une phalange, ils ne font pas cause commune, ils ont même des intérêts contraires. Ces taxes ne tombent sur un individu que par occasion, on ne les redoute pas à l'avance; on ne prévoit pas l'évènement d'un procès, c'est comme un coup de foudre; et d'ailleurs tout ce qui concerne la procédure et les frais qu'elle entraîne est enveloppé dans un épais nuage. Il y a donc un acquiescement facile de la part du public, une soumission d'ignorance et d'imprévoyance; et le ministre qui n'est point averti par un cri général ni intimidé par

une résistance soutenue, augmente graduellement la charge de ceux qui n'ont aucun moyen de défense.

Il peut même exister dans la classe opulente un instinct qui la dispose à favoriser ces impôts. Nous avons vu qu'il en résulte pour les riches un grand pouvoir sur les pauvres; je comprends sous cette dénomination tous ceux pour qui les frais d'une procédure sont un épouvantail. Il serait odieux de supposer dans les riches le désir de se prévaloir de ces impôts pour être injustes impunément; mais il est dans la faiblesse humaine d'aimer un pouvoir dont on est assez généreux pour ne vouloir pas abuser.

Récapitulation. Je suis bien trompé ou il a été prouvé que les taxes sur les procédés judiciaires sont les plus mauvaises des taxes existantes; qu'elles sont dans plusieurs cas un déni de justice, et dans la plupart une contribution levée sur la détresse; qu'elles font porter le fardeau non sur ceux qui retirent le plus de bénéfice des tribunaux, mais sur ceux qui en ont le moins; et que, bien loin d'avoir une tendance à diminuer le nombre des procès, elles offrent un encouragement direct aux plaideurs de mauvaise foi.

APPENDICE N° III.

Extraits de l'Esprit des Lois sur la matière des preuves [1].

L. XII, chap. 2 et 4. (*Ceci se rapporte à l'exclusion des témoins et au nombre exigé par certaines lois.*)

« Les lois criminelles n'ont pas été perfectionnées tout d'un coup [2]; dans les lieux mêmes où l'on a le plus cherché la liberté, on ne l'a pas toujours trouvée. Aristote nous dit qu'à Cumes les parents de l'accusateur pouvaient être témoins... Sous les premiers rois de France, Clotaire fit une loi pour qu'un accusé ne pût être condamné sans être ouï; ce qui prouve une pratique contraire dans quelque cas particulier ou chez quelque peuple barbare. Ce fut Charondas qui introduisit les jugements contre les faux témoignages. Quand l'innocence des citoyens n'est pas assurée, la liberté ne l'est pas non plus.

» Les connaissances que l'on a acquises dans quelques pays, et que l'on acquerra dans d'autres sur les règles les plus sûres que l'on puisse tenir dans les jugements criminels, intéressent le genre humain plus qu'aucune autre chose qu'il y ait au monde.

» Les lois qui font périr un homme sur la déposition d'un

[1] Il faut saisir ces traits çà et là. Ce n'est que par occasion que Montesquieu a traité des preuves.

On a rangé les passages de manière à correspondre aux divisions de Bentham. (Ed.)

[2] Elles le sont donc enfin.

seul témoin sont fatales à la liberté. La raison en exige deux, parcequ'un témoin qui affirme, un accusé qui nie, font un partage; et il faut un tiers pour le vider.

« Les Grecs et les Romains exigeaient une voix de plus pour condamner. Nos lois françaises en demandent deux. Les Grecs prétendent que leur usage avait été établi par les dieux; mais c'est le nôtre. »

L. XII, chap. 15. (*Ceci se rapporte à l'exclusion.*)

« Auguste établit que les esclaves de ceux qui auraient conspiré contre lui seraient vendus au public, afin qu'ils pussent déposer contre leurs maîtres. On ne doit rien négliger de ce qui mène à la découverte d'un grand crime. Ainsi, dans un État où il y a des esclaves, il est naturel qu'ils puissent être indicateurs; mais ils ne sauraient être témoins. »

L. XII, chap. 5. (*Ceci a rapport au sujet de l'improbable ou impossible.*)

« Maxime importante : il faut être très circonspect dans la poursuite de la magie et de l'hérésie. L'accusation de ces deux crimes peut extrêmement choquer la liberté, et être la source d'une infinité de tyrannies, si le législateur ne sait la borner; car elle ne porte pas directement sur les actions d'un citoyen, mais plutôt sur l'idée que l'on s'est faite de son caractère; elle devient dangereuse à proportion de l'ignorance du peuple, et pour lors un citoyen est toujours en danger, parceque la meilleure conduite du monde, la morale la plus sûre, la pratique de tous les devoirs, ne sont pas des garants contre les soupçons de ces crimes.

» L'histoire de Constantinople [1] nous apprend que, sur une révélation qu'avait eue un évêque, qu'un miracle avait cessé à cause de la magie d'un particulier, lui et son fils

[1] Hist. de l'empereur Maurice, par Théophilacte, ch. XI.

furent condamnés à mort. De combien de choses prodigieuses ce crime ne dépendait-il pas? Qu'il ne soit pas rare qu'il y ait des révélations; que l'évêque en ait eu une; qu'elle fût véritable; qu'il y eût eu un miracle; que ce miracle eût cessé; qu'il y eût eu de la magie; que la magie pût renverser la religion; que ce particulier fût magicien; qu'il eût fait enfin cet acte de magie, etc.

» L'empereur Théodose Lascaris attribuait sa maladie à la magie. Ceux qui en étaient accusés n'avaient d'autre ressource que de manier un fer chaud sans se brûler. Il aurait été bon, chez les Grecs, d'être magicien pour se justifier de la magie. Tel était l'excès de leur idiotisme, qu'au crime du monde le plus incertain ils joignaient les preuves les plus incertaines.

» Je n'ai point dit ici qu'il ne fallait point punir l'hérésie; je dis qu'il faut être très circonspect à la punir. »

L. XII, ch. 12. (*Ceci se rapporte aux preuves inférieures.*)

« Les paroles ne forment point un corps de délit; elles ne restent que dans l'idée. La plupart du temps elles ne signifient point par elles-mêmes, mais par le ton dont on les dit. Souvent en redisant les mêmes paroles on ne rend pas le même sens : ce sens dépend de la liaison qu'elles ont avec d'autres choses. Quelquefois le silence exprime plus que tous les discours. Il n'y a rien de si équivoque que tout cela...

» Les actions ne sont pas de tous les jours; bien des gens peuvent les remarquer : une fausse accusation sur des faits peut être aisément éclaircie. Les paroles qui sont jointes à une action prennent la nature de cette action... Ce ne sont point les paroles que l'on punit, mais une action commise dans laquelle on emploie les paroles. Elles ne deviennent des crimes que lorsqu'elles préparent, qu'elles accompagnent ou qu'elles suivent une action criminelle. »

L. xii, ch. 17. (*Ceci se rapporte à la recherche des preuves : révélation de délits.*)

« Quand ton frère, ou ton fils, ou ta fille, ou ta femme bien-aimée, ou ton ami, qui est comme ton âme, te diront en secret : *Allons à d'autres dieux*, tu les lapideras; d'abord ta main sera sur lui, ensuite celle de tout le peuple. » Cette loi du Deutéronome ne peut être une loi civile chez la plupart des peuples que nous connaissons, parcequ'elle y ouvrirait la porte à tous les crimes.

» La loi qui ordonne dans plusieurs États, sous peine de la vie, de révéler les conspirations auxquelles même on n'a pas trempé, n'est guère moins dure. »

L. xii, ch. 24. (*Des lettres anonymes.*)

« Les Tartares sont obligés de mettre leurs noms sur leurs flèches, afin que l'on connaisse la main dont elles partent. Philippe de Macédoine ayant été blessé au siége d'une ville, on trouva sur le javelot : *Aster a porté ce coup mortel à Philippe.* Si ceux qui accusent un homme le faisaient en vue du bien public, ils ne l'accuseraient pas devant le prince, qui peut être aisément prévenu, mais devant les magistrats, qui ont des règles qui ne sont formidables qu'aux calomniateurs. Que s'ils ne veulent pas laisser les lois entre eux et l'accusé, c'est une preuve qu'ils ont sujet de les craindre; et la moindre peine qu'on puisse leur infliger, c'est de ne les point croire. On ne peut y faire d'attention que dans les cas qui ne sauraient souffrir les lenteurs de la justice ordinaire, et où il s'agit du salut du prince. Pour lors on peut croire que celui qui accuse a fait un effort qui a délié sa langue et l'a fait parler. Mais dans les autres cas il faut dire avec l'empereur Constantin : « Nous ne saurions soupçonner celui à qui il a manqué un accusateur, lorsqu'il ne lui manquait pas un ennemi. »

Dans le livre XXVIII, où Montesquieu trace les révolutions des lois civiles chez les Français, il fait voir comment la preuve négative par le serment amena le combat judiciaire; il explique comment l'on abolit par degrés les preuves par la croix, l'eau froide et l'eau bouillante, qu'on regardait aussi comme des jugements de Dieu; comment l'on passa de la procédure publique à la procédure secrète et aux enquêtes par écrit; mais tout ce livre, purement historique, ne conduit à aucun principe de théorie. »

L. XXIX. (*Ceci se rapporte aux preuves inférieures.*)

« En fait de présomption, celle de la loi vaut mieux que celle de l'homme. La loi française regarde comme frauduleux tous les actes faits par un marchand dans les dix jours qui ont précédé sa banqueroute; c'est la présomption de la loi. La loi romaine infligeait des peines au mari qui gardait sa femme après l'adultère, à moins qu'il n'y fût déterminé par la crainte de l'évènement d'un procès, ou par la négligence de sa propre honte; et c'est la présomption de l'homme. Il fallait que le juge présumât les motifs de la conduite du mari, et qu'il se déterminât sur une manière de penser très obscure. Lorsque le juge présume, les jugements deviennent arbitraires; lorsque la loi présume, elle donne au juge une règle fixe. »

Défense de l'Esprit des Lois.

« L'équité naturelle demande que l'évidence des preuves soit proportionnée à la gravité de l'accusation. »

FIN DU TOME SECOND ET DERNIER.

TABLE

DES MATIÈRES.

tion personnelle. Dans les premiers, la présomption n'est pas aussi clairement établie en faveur des demandeurs. Raisons de cette différence. — Limites dans lesquelles il faut restreindre cette présomption. — La présomption en faveur du demandeur peut devenir règle dans le jugement par défaut.

II. En matière pénale, on doit agir comme si la présomption était en faveur de l'accusé.

Dans le fait, la présomption est contre l'accusé, dans les cas les plus communs et toutes les fois qu'on ne peut pas présumer, de la part de l'accusateur, des motifs de haine, de passion, de subornation, ou qu'on ne voit pas des indices de légèreté. Mais dans tous les cas, et surtout les cas graves, il faut supposer l'innocence, 1° parceque c'est une justice due à tous de les croire innocents jusqu'à ce qu'ils soient prouvés coupables; 2° parceque le mal d'absoudre un coupable n'est pas à comparer au mal de condamner un innocent. — Toutefois on doit se défier des exagérations sentimentales.

Note 1. Raisons additionnelles pour la présomption en faveur des accusés. — Multitude d'innocents accusés par des imputations populaires, pour des délits mal définis, pour des délits indéfinissables, pour des délits de mal imaginaire, ou par des délateurs et des agents d'une police soupçonneuse et tyrannique.

Note 2. Les exagérations en faveur des accusés étaient des remèdes extrêmes pour des maux extrêmes, — lorsqu'il y a des preuves légales qui doivent faire condamner l'accusé, indépendamment de la conviction du juge. — Distinction à faire entre la persuasion de l'homme privé et la conviction du magistrat. — Saine doctrine sur la conviction intime, contenue dans un rescrit de l'empereur Adrien.

L'exclusion de la preuve orale, fondée sur son imperfection, sur le danger de faux témoignage, n'est pas un faux principe. — Au contraire, c'est un bon principe, mais poussé trop loin. — Il n'est pas à craindre que de tels contrats de vive voix soient facilement admis. — Il n'y aurait que des circonstances particulières qui pussent faire admettre la preuve orale. — Ces circonstances existent dans des cas de nécessité ou dans des engagements simples. — Refuser la preuve orale, c'est accorder un triomphe à l'iniquité. — La déclaration de *suspicion légale* attachée à ces contrats vaudrait mieux que le principe d'exclusion des preuves.

Dans le cas où il existe un contrat écrit, admettra-t-on la preuve orale pour des conditions accessoires qui auront été sous-entendues ou ajoutées de vive voix, mais non énoncées dans le texte? Réponse. Oui. — Facilité de juger si ces conditions accessoires entrent dans l'esprit du principal. — Leur non-insertion dans le contrat écrit, raison de suspicion suffisante pour tenir le juge sur ses gardes.

Principe général. Ne rejetez aucune preuve par la seule crainte d'être trompé. — Le danger de déception de la part des juges n'est pas comme le danger de fausseté de la part des témoins. — Précautions à prendre.

1° Interrogatoire initial des parties, où la nature des preuves sera déclarée.

2° Instructions sur la valeur des preuves.

L'argument tiré de l'impossible pour détruire un fait soutenu par des témoins, est un appel à un *contre-témoignage général*, c'est-à-dire à une masse de faits contraires au fait allégué. — Ces faits n'étant pas établis pour le cas en question par des preuves directes, sont de la nature des preuves circonstancielles. — Preuves susceptibles de plus et de moins. — Preuves par inférence. — Objection qu'on peut faire contre l'argument de l'impossible. — On ne connaît pas toutes les lois de la nature. — Soit. — Il faut examiner la valeur des témoignages contraires. — Soit. — Mais il faut que ce témoignage spécial l'emporte sur le contre-témoignage général. — Faiblesse de ce témoignage spécial : motifs de suspicion auxquels il est exposé. — Renvoi au chap. x.

Argument. L'improbabilité supposée n'a d'autre base que l'expérience humaine : mais la croyance au témoignage humain est fondée sur un sentiment inné, c'est-à-dire antérieur à l'expérience et naturel à l'homme. Cet argument renferme deux propositions : 1° que la disposition à croire a une autre cause que l'expérience : (*voyez* pour réfutation L. I, chap. vii); 2° que si cette disposition a une autre cause, il en résulte une raison suffisante de croire, même contre l'expérience.

Si ce penchant inné à croire existe, ce n'est pas une raison de s'y livrer sans examen. — Ce serait justifier toutes les croyances, même les plus absurdes. — Le résultat

— Les particuliers, d'après des informations anonymes, agissent selon leur prudence. Dans les limites de la loi il n'y a point de règle fixe à leur donner. — Le gouvernement, s'il les reçoit, doit le faire connaître publiquement. — Importance de cette notoriété. — A quels délits se rapporte l'utilité de ces dénonciations indicatives. 1° *Cas de contrebande :* raisons particulières qui dans ce cas font craindre de se présenter comme accusateur public. 2° *Abus officiels.* — Les dénonciations peuvent venir, 1° des employés subalternes; 2° des individus qui ont souffert des vexations. — Conduite à tenir par le chef d'un bureau à qui l'on a dénoncé des actes de corruption. — Danger d'excès dans ces dénonciations anonymes moins grand qu'on ne pense, à raison des peines et des chances de découverte. — Accord des publicistes dans la réprobation de ce moyen. — Sur quoi fondée. — *Bouche du lion* à Venise justement odieuse à raison de la procédure secrète. — Usage qu'on a tiré en Angleterre de dénonciations anonymes insérées dans les papiers publics. — Correspondance entamée par le gouvernement avec des dénonciateurs anonymes. — Précautions à prendre dans l'emploi d'un moyen justement impopulaire. — Que les dénonciations anonymes deviennent moins nécessaires et plus rares dans les constitutions qui créent des surveillants publics dans une assemblée représentative, et le droit de pétition.

FIN DE LA TABLE DU TOME SECOND ET DERNIER.





